

## *Capítulo 19*

# **La definición del delito de genocidio en la convención de 1948, la contribución iberoamericana a su evolución y el legado del TPIY con respecto a la interpretación de su definición y aplicación**

Héctor Olasolo  
Javier Chinchón  
Ana Lucía Rodríguez

## **I. CONCLUSIONES RELATIVAS A LOS ORÍGENES, EL CONCEPTO Y LA DEFINICIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO EN LA CONVENCION DE 1948 Y LA CONTRIBUCIÓN IBEROAMERICANA A SU EVOLUCIÓN**

1. A pesar de que el siglo XX ha sido calificado como el siglo de los genocidios, el exterminio de grupos humanos es una de las características de la historia de la civilización humana desde que el homo sapiens acabara con los últimos ejemplares del homo neanderthalensis hace aproximadamente 80.000 años. Episodios como la campaña de exterminio de los pobladores cananeos encabezada por Josué bajo la dirección de Yahweh, la devastación de la isla de Melos por la ciudad Estado de Atenas durante la Guerra del Peloponeso y la destrucción de Cartago a manos de la República de Roma, son ejemplos bien conocidos de exterminio de grupos humanos a manos de los principales exponentes de la cultura de Occidente.

Este tipo de episodios se han seguido repitiendo en tiempos más recientes como lo demuestran la media docena de exterminios de grupos humanos previos al comienzo de la II Guerra Mundial que Spigino y Zamora nos presentan a modo de ejemplo: el pueblo Tasmano por las fuerzas armadas y los colonos británicos, los indios Yukis por las autoridades de California y sus bandas armadas de seguridad, el

pueblo Slek'nam por buscadores de oro de diversas nacionalidades (ingleses, escoceses, irlandeses e italianos) convertidos en “cazadores de indios” en la Isla Grande de la Tierra del Fuego, los pueblos Herero y Nama por las fuerzas armadas y los colonos alemanes, el pueblo armenio por las fuerzas armadas y las milicias turcas y la población ucraniana por las autoridades de la Unión Soviética.

Esta sucesión de exterminios de grupos humanos —que, como bien han sufrido, entre otros muchos, los miembros de la etnia Ixil en Guatemala, los integrantes de la Unión Patriótica en Colombia, la población urbana en la República de Kampuchea, los supervivientes de la masacre de Srebrenica en Bosnia-Herzegovina, la población de origen tutsi en Ruanda, los integrantes de los grupos Fur, Massalit y Zaghawa en Darfur (Sudán), o la minoría rohingya en Myanmar continúan produciéndose hasta nuestros días— ofrece sólidos argumentos a quienes, como el pensador alemán de origen judío Walter Benjamin (2005), conciben la historia como una sucesión de catástrofes, donde el mal-llamado carro triunfal del progreso deja a su paso una estela de víctimas aplastadas, que son sumidas en el despojo y el olvido mientras experimentan la desesperanza, el sinsentido y la oscuridad.

Para estos autores —Benjamin se alimentó de la tradición filosófica de los Maskilin [autores judíos que representan en Alemania el rostro oculto de la Ilustración y entre los que destacan Hermann Cohen (1842-1918), Martin Buber (1878-1965), Franz Rosenzweig (1886-1929) y Franz Kafka (1883-1924)], integró la primera generación de la Escuela de Frankfurt junto con Theodor Adorno (1903-1969), Max Horkheimer (1895-1973) y Herbert Marcuse (1898-1979), entre otros, y murió envenenado en Portbou (España) al cruzar la frontera franco-española en 1940 mientras huía de la persecución del régimen nacional socialista alemán— el sufrimiento y sinsentido de las vidas de las víctimas se convierte en el objeto central de la justicia, que se dirige a reavivar, desde la re-evaluación del pasado, la esperanza frente al olvido de quienes han sido condenados por la historia oficial de los vencedores (Benjamin, 2005). De esta manera, se busca promover que las víctimas se puedan reconstruir del daño sufrido (Adorno, 2006), superando con ello, si bien no olvidando (Levi, 2005), la propia condición de víctima en la que les ha colocado la historia (Berón Ospina, 2019).



2. Es en este contexto que el jurista polaco Raphael Lemkin, contemporáneo de Benjamin y también de origen judío, utiliza por primera vez el término genocidio, proveniente del griego *genos* (raza, tribu) y del latín *caedere* (matar), para describir el exterminio de la población armenia por el Imperio Otomano durante la I Guerra Mundial, en una ponencia presentada en un encuentro organizado por la Sociedad de las Naciones en Madrid en 1933. A pesar de la inicial falta de interés por esta nueva terminología y por las propuestas del propio Lemkin para incluir los actos de barbarismo (destrucción de grupos nacionales) y vandalismo (destrucción de bienes culturales) en el catálogo de crímenes internacionales junto con la piratería y la esclavitud, el exterminio sufrido durante la década siguiente por diversos grupos humanos (judíos, gitanos y homosexuales, por poner solo algunos ejemplos) a manos del régimen nacional socialista de Alemania, provocaron que el 2 de noviembre de 1946, las delegaciones de Cuba, India y Panamá presentaran ante el Secretario General de la recién creada Organización de las Naciones Unidas una propuesta para incluir en la agenda del primer periodo de sesiones de su Asamblea General la cuestión relativa a la prevención y sanción del genocidio, reconociendo que las conductas constitutivas de este delito niegan el derecho a la existencia de grupos humanos enteros y resultan en grandes pérdidas para la humanidad.

A pesar de la positiva acogida que tuvo esta propuesta, incluyendo la declaración por la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) en su resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946 de la naturaleza de delito de derecho internacional del genocidio, Cárdenas y Ventura nos alertan de las numerosas cuestiones que tuvieron que ser objeto de intensa negociación en los dos años siguientes, hasta que el 9 de diciembre de 1948, la AGNU adoptó por unanimidad en su resolución 260 A (III) la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (“la Convención”). De hecho, el mismo Lemkin consideró en su autobiografía que el camino recorrido hasta la aprobación de la resolución 96 (I) no fue más que el final de “la primera etapa propia de los dolores de parto de la Convención sobre Genocidio” (Lemkin, 2018, p. 217).

En el Preámbulo de la Convención, que entró finalmente en vigor el 12 de enero de 1951 y hace apenas unos meses acaba de cumplir su septuagésimo aniversario, se recogen las tres razones principales que

llevaron a su adopción: (a) la consideración del genocidio como un “delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena”; (b) el reconocimiento de que “en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad”; y (c) el convencimiento de que “para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional”. Sobre esta base la Convención aborda, en particular, las siguientes cuestiones:

(a) La determinación del alcance de las obligaciones generales de los Estados Partes de prevenir la comisión de actos de genocidio, no incurrir en los mismos y castigarlos cuando se cometan en su territorio, incluyendo su deber de adoptar las medidas legislativas necesarias y establecer sanciones eficaces para asegurar la aplicación de la Convención (artículos I y V);

(b) La determinación de los actos constitutivos de genocidio, limitando sus modalidades de ejecución al genocidio físico y biológico y excluyendo el denominado genocidio cultural (artículo II);

(c) La limitación de los grupos humanos protegidos a los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos, excluyendo otro tipo de grupos como los políticos, sociales, económicos, lingüísticos, de género o por razón de orientación sexual (artículo II);

(d) La especificación de los actos preparatorios (asociación e instigación directa y pública), tentativa y formas de autoría y participación (comisión y complicidad) en los actos de genocidio que dan lugar a la responsabilidad internacional del individuo (artículo III);

(e) La inclusión de los particulares (además de los miembros del gobierno y los funcionarios) como posibles sujetos activos del delito de genocidio (artículo IV);

(f) La determinación de los mecanismos jurisdiccionales para investigar y juzgar a quienes hayan podido incurrir en responsabilidad internacional del individuo por actos de genocidio (el Estado territorial o un tribunal internacional penal cuando sea establecido) (artículo VI);

(g) La determinación del alcance de las obligaciones de extradición de los Estados Partes (artículo VII);

(h) La facultad (pero no obligación) de los Estados Partes para poder acudir a los órganos competentes de la Organización de las Naciones Unidas con el fin de que, conforme a su Carta, adopte las medidas que considere apropiadas para la prevención y la represión de los actos de genocidio, o de cualquiera de los actos preparatorios, tentativa y formas de comisión y participación punibles (artículo VIII); y

(i) La determinación de los mecanismos de resolución de las controversias que surjan entre los Estados Partes como consecuencia de la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención (remisión a la Corte Internacional de Justicia) (artículo IX).

3. Como Cárdenas y Ventura subrayan, particularmente controvertidas resultaron las cuestiones relativas a las modalidades de comisión del delito de genocidio y a los grupos humanos protegidos. Con respecto a la primera, Lemkin (uno de los tres expertos a los que el Secretario General de las Naciones Unidas consultó a la hora de elaborar su proyecto inicial de Convención en 1947) mantuvo durante todo el proceso negociador la importancia de incluir, junto al genocidio físico y biológico, el genocidio cultural porque el principal aporte a la humanidad de los grupos protegidos no es la existencia física de sus miembros, sino su acervo cultural. De esta manera, para Lemkin, la diversidad cultural es lo que en última instancia representa una riqueza para la humanidad. Por ello, el traslado de niños de un grupo protegido a otro grupo constituía, en su opinión, una conducta tan dañina, al ser una herramienta idónea para hacer desaparecer al grupo afectado, en cuanto a unidad cultural, en un breve espacio de tiempo.

Sin embargo, a pesar de la fuerza de sus argumentos, su posición, y la de los Estados que la apoyaron (en particular, El Líbano, Polonia y Yugoslavia), terminó siendo rechazada por considerarse que la inclusión del genocidio cultural extendería indebidamente el concepto de actos de genocidio - los otros dos expertos consultados por el Secretario General de las Naciones Unidas, los profesores Donnedieu de Vabres y Pella, así como las delegaciones de los EE.UU., Francia y los Países Bajos, rechazaron desde un principio la adopción del genocidio cultural.

Más compleja, si cabe, fue la negociación sobre los grupos humanos protegidos porque si bien el resultado final se correspondió con el

contenido de la propuesta inicial de Cuba, India y Panamá, lo cierto es que, como Ventura señalan, la inclusión de otros grupos humanos, especialmente los grupos políticos, estuvo abierta hasta el último momento. De hecho, su mención sí se encontraba presente en el literal de la resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946, y el propio proyecto de Convención preparado por el Secretario General de las Naciones Unidas en 1947 se refería a los grupos “raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos o políticos”.

Lemkin expresó dudas sobre la conveniencia de incluir a los grupos políticos porque, además de que no tienen la permanencia y las características distintivas específicas del resto de grupos protegidos, la historia ha demostrado que los grupos más vulnerables al genocidio son los grupos raciales, nacionales y religiosos, por lo que la inclusión de los grupos políticos no haría sino generar una profunda división que podía poner en riesgo el éxito final de las negociaciones. Estos mismos argumentos fueron utilizados por un buen número de Estados que defendió desde un principio su exclusión (Bélgica, Brasil, China, Egipto, Irán, Noruega, Polonia, República Dominicana, la Unión Soviética, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia).

Sin embargo, mientras algunas propuestas de inclusión de otros grupos protegidos, como la realizada por los EE.UU. en relación con los grupos económicos que analizan Izquierdo y Ugalde, tuvieron un apoyo escaso y fueron rápidamente retiradas, tanto Donnedieu de Vabres, como una mayoría de Estados (incluyendo, entre otros, a Bolivia, Cuba, Ecuador, El Salvador, los EE.UU., Francia, Grecia, Guatemala, Haití, los Países Bajos y el Reino Unido) defendieron la inclusión de los grupos políticos hasta los últimos momentos de la negociación en el Sexto Comité de la Asamblea General. Este segundo grupo de Estados subrayaban que: (i) el genocidio es odioso sin importar qué grupos son víctimas; (ii) los grupos políticos están unidos por un ideal común y poseen una existencia tan estable como algunos otros grupos protegidos (en particular, los religiosos); y (iii) los grupos políticos han sido tradicionalmente perseguidos con tanta virulencia como el resto de grupos protegidos (los actos de persecución del régimen nacional socialista alemán demostraban que eran uno de los grupos con mayor riesgo de ser perseguidos en el futuro).

Sólo 11 días antes de la adopción de la Convención, y ante la presentación por Egipto, Irán y Uruguay de una nueva enmienda para la exclusión de los grupos políticos, los EE.UU. terminaron cediendo en su posición para aceptar su exclusión, lo que explicaron en aras de “un espíritu conciliador y para evitar la posibilidad de que la aplicación de la convención a los grupos políticos impida que ciertos países se adhieran a ella”. Varios países siguieron el ejemplo de los EE.UU. y la enmienda fue finalmente aprobada por 22 votos a favor, 6 en contra y 12 abstenciones. Con todo, la polémica sobre esta cuestión permanece abierta hasta nuestros días.

4. Fruto de lo anterior, De Prada subraya que, si bien la Convención constituyó un gran avance en su tiempo, adolece de una serie de problemas que generan el riesgo de convertir al delito de genocidio en un crimen internacional de carácter simbólico, sin capacidad para limitar los espacios de impunidad frente a actos de violencia que tienen como sujetos pasivos a grupos humanos diferenciados con el fin de homogeneizar su población.

En particular, De Prada analiza los medios a través de los cuales las estructuras del Estado-nación pueden llevar a cabo la depuración de los grupos minoritarios en su territorio. Para ello, sobre la premisa de un entendimiento de los grupos como construcciones sociales basadas en una identidad colectiva diferenciadora tanto en el ámbito interno como en el plano externo, identifica los siguientes tres medios de depuración, a los que califica como el *triángulo del genocidio*: (i) las políticas y prácticas de discriminación, exclusión y deshumanización; (ii) la destrucción cultural; y (iii) la destrucción física y/o biológica. Si bien cada uno de estos medios goza de autonomía propia, son las políticas y prácticas estatales de deshumanización las que permiten que se complete el proceso de separación moral de la sociedad del grupo humano minoritario que se pretende depurar, como condición necesaria para que surja el apoyo social necesario para que la burocracia estatal se atreva a emplear mecanismos más directos de destrucción cultural, física y/o biológica del mismo. De ahí la necesidad de favorecer una concepción socio-jurídica e interdisciplinaria del genocidio que permita romper con las interpretaciones jurídicas auto-referenciales y encorsetadas dominantes, que setenta años después de su aprobación continúan cercenando el espíritu de la Convención. Ello también, haciendo uso adecuado de todos los medios de interpretación de una

norma convencional, que prevé la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

5. Maculan, por su parte, pone el énfasis en que, desde 1948 hasta la actualidad, la gran mayoría de los Estados que forman parte de la sociedad internacional han incorporado el delito de genocidio en sus ordenamientos jurídicos internos, lo que se ha visto favorecido, por una parte, por la obligación de los 150 Estados Partes de la Convención de llevar a cabo dicha incorporación (artículo V) y, por otra parte, por la actuación del principio de complementariedad en relación con los 123 Estados Partes del Estatuto de la Corte Penal Internacional (cuya jurisdicción material se extiende al delito de genocidio).

Sin embargo, al margen de la cuestión relativa a las penas (que no aparece regulada en la Convención más allá de la genérica mención en su artículo V a las “sanciones penales eficaces”), existen importantes diferencias en las definiciones nacionales de genocidio, sobre todo en lo que se refiere a los grupos humanos protegidos, lo que se ha visto favorecido por su limitación en la Convención a los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos, y por las dificultades para encontrar definiciones compartidas de los mismos. Así mismo, De Prada subraya que las voces que se han hecho eco de la posición de Lemkin en relación con el genocidio cultural, reclamando su inclusión tanto en la definición internacional como en las definiciones nacionales de genocidio, no han hecho sino incrementar en las últimas décadas. Lo mismo se puede afirmar, como Izquierdo y Ugalde señalan, en relación con otros grupos humanos que han sido víctimas en los últimos setenta años de delitos atroces, como los grupos políticos, sociales, económicos, lingüísticos y aquellos basados en género, orientación sexual y discapacidad, entre otros.

6. En lo que se refiere a las legislaciones nacionales iberoamericanas, Maculan muestra cómo las definiciones nacionales de genocidio presentan también sus principales diferencias en relación con la determinación de los grupos protegidos. Así, un primer grupo de legislaciones ibero-americanas, incluyendo la boliviana, la guatemalteca, la hondureña, la ecuatoriana y la peruana, han suprimido toda referencia expresa a los grupos raciales porque los consideran como un subgrupo de la categoría más amplia de grupo étnico.

Un segundo grupo de legislaciones iberoamericanas han optado por incluir en sus definiciones nacionales de genocidio a ciertos grupos protegidos que no aparecen en la Convención, como es el caso de los grupos sociales en Ecuador, Paraguay y Perú, los grupos políticos en Ecuador, Colombia, Nicaragua y Costa Rica, los grupos determinados por la discapacidad de sus integrantes en España y los grupos políticos, sindicales y “con identidad propia fundada en razones de género, orientación sexual, culturales, sociales, edad, discapacidad o salud” en Uruguay.

Como subraya Maculan, estas diferencias son, en principio, admisibles porque, con excepción de aquellas definiciones nacionales que excluyen los grupos raciales bajo el cuestionable argumento de que forman parte del concepto más amplio de grupos étnicos, las distintas definiciones nacionales del delito de genocidio extienden su ámbito de protección con respecto al ofrecido por la definición de la Convención, respetando de esta forma su contenido mínimo.

Este mismo criterio ha guiado a las Cortes Constitucionales iberoamericanas a la hora de analizar la compatibilidad entre las definiciones nacionales del delito de genocidio y las respectivas Constituciones, que recogen, a través de figuras como el Bloque de Constitucionalidad, la definición de genocidio prevista en la Convención. Así, la sentencia C-177/01 de la Corte Constitucional de Colombia ha confirmado la validez de la extensión de los grupos protegidos a los grupos políticos, al mismo tiempo que ha declarado inconstitucional la limitación de la protección a los grupos nacionales, étnicos, raciales, religiosos o políticos que “actúe[n] dentro del margen de la ley”. La misma lógica de razonamiento se puede encontrar en la Corte Constitucional de Guatemala al afirmar la constitucionalidad de la definición de genocidio recogida en el artículo 376 del Código Penal de Guatemala, porque la inexistencia de una referencia expresa en la misma a los grupos raciales no significa que estos no se encuentran protegidos, al encontrarse incluidos, en opinión de la Corte Constitucional, dentro del concepto más amplio de grupo étnico.

Con base en lo anterior, y tal y como Maculan y Carcano apuntan, se puede afirmar que la cuestión que ha suscitado mayor atención a la hora de definir el delito de genocidio en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos es la relativa al tratamiento de los grupos políticos,

debido a que en la segunda mitad del siglo XX numerosos grupos humanos caracterizados por su ideología política han sido objeto de exterminio en Ibero-América. De hecho, como también se recuerda en estos trabajos, en prácticamente todo genocidio moderno existe una naturaleza política de fondo.

7. Carcano subraya que los países iberoamericanos han utilizado hasta cuatro tipos de estrategias distintas para extender la protección ofrecida por sus definiciones nacionales de genocidio a los grupos políticos. En primer lugar, Colombia, Ecuador, Nicaragua y Costa Rica han reconocido expresamente a los grupos políticos su condición de grupos protegidos en sus definiciones nacionales.

En su estudio sobre el caso colombiano, Carcano señala que la inclusión en el año 2001 de los grupos políticos en la definición de genocidio recogida en artículo 101 del Código Penal se debe a la situación vivida en Colombia entre los años 1984 y 2000, periodo durante el cual grupos paramilitares, y en algunos casos fuerzas gubernamentales, persiguieron sistemáticamente a los miembros del partido político Unión Patriótica, asesinando a alrededor de cinco mil personas, incluyendo dos candidatos a la presidencia y varios miembros del Congreso. Llama, sin embargo, la atención que desde 2001 hasta la actualidad, el genocidio político sólo ha sido aplicado en los dos casos siguientes por los tribunales colombianos: (i) el caso por parapolítica contra el ex senador Cesar Pérez García ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia [conocido como la Masacre de Segovia (Antioquia)]; y (ii) el caso contra el ex comandante paramilitar del Bloque Bananeros, Herbert Veloza García, ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá.

En segundo lugar, en Perú y Paraguay, donde las respectivas definiciones nacionales de genocidio reconocen expresamente como grupos protegidos a los grupos sociales, pero no a los políticos, se plantea la posibilidad de considerar a estos últimos como incluidos dentro de los grupos sociales.

En tercer lugar, en España y México, donde la definición de genocidio se limita a los cuatro grupos protegidos previstos en la Convención, podemos encontrar ciertas interpretaciones jurisprudenciales que han tratado de incluir en alguno de los mismos a los grupos políticos (algo que, para Ventura, sería contrario a los trabajos prepa-



ratorios de la Convención, porque en el tramo final del proceso de negociación se rechazó expresamente la posibilidad de incluir a los grupos políticos entre los grupos protegidos por la Convención).

En el caso de España, los autos del pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de noviembre de 1998 consideraron que los planes de aniquilación desarrollados por las dictaduras argentina (1976-1983) y chilena (1973-1989) se dirigían a destruir una determinada parte de la población constitutiva de un grupo permanente que, si bien era sumamente heterogéneo, era a su vez claramente diferenciable de la mayoría, y que estaba conformado tanto por opositores políticos como por todos aquellos que no se correspondían con el modelo de ciudadano establecido por los represores. Según la Sala de lo Penal, este grupo podía calificarse como grupo nacional a los efectos del delito de genocidio en la medida en que para la Sala de lo Penal: (a) el concepto de “grupo nacional” incluía a todo grupo humano permanente diferenciado, que contara con unas características propias y estuviese integrado en una colectividad mayor; y (b) el concepto de “auto-genocidio”, conforme al cual víctimas y los victimarios pertenecen a una misma nacionalidad, era perfectamente posible.

Así mismo, en vía subsidiaria, el Juez Central de Instrucción Núm. 5 de la Audiencia Nacional, planteó también la posibilidad de que las víctimas de la dictadura argentina pudieran ser consideradas como un “grupo religioso” en base a la equiparación entre fe religiosa e ideología, que, en su opinión, estaba justificada por la evolución fenomenológica del genocidio desde la adopción de la Convención en 1948.

En todo caso, como Maculan subraya, ambas interpretaciones fueron posteriormente rechazadas por la propia Sala Penal de la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo de España, al considerar que vulneraban el principio de legalidad porque suponían una interpretación por analogía *contra reum*, razón por la cual no fueron utilizadas en el posterior proceso adelantado en la propia Audiencia Nacional contra el ex oficial de la Marina argentina, Adolfo Scilingo.

En el caso de México, la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado acusó de genocidio en el año 2000 a Luis Echevarría Álvarez, Secretario de Gobernación del Gobierno de Gustavo Díaz Ordaz entre 1964 y 1970, y presidente de México entre 1970 y 1976, por la masacre que el 2 de octubre de 1968 cometie-

ron en la Plaza de las Tres Culturas de Tlatelolco miembros de las fuerzas armadas mexicanas y grupos paramilitares contra decenas de estudiantes que allí se manifestaban en contra de las políticas de Díaz Ordaz. Tras varias resoluciones de distintos órganos de la justicia federal mexicana, el caso contra Echevarría Álvarez fue definitivamente archivado el 26 de marzo de 2009 por un Tribunal Federal que, si bien afirmó que la mencionada masacre, conocida como la *Masacre del Corpus Christie* o el *Halconazo*, pudo ser constitutiva de un delito de genocidio porque la represión de la fuerza pública tuvo como objetivo el exterminio de los estudiantes opositores al gobierno de Díaz Ordaz, entendió asimismo que la acción penal por dichos hechos había prescrito.

En cuarto lugar, tenemos el caso argentino, donde, a falta de una definición nacional del delito de genocidio, ciertos tribunales federales la han desarrollado jurisprudencialmente para calificar como genocidio los crímenes cometidos por la dictadura militar. Así, en la primera sentencia dictada tras la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, el Tribunal Oral Federal en lo Criminal de La Plata, siguiendo la jurisprudencia española, adoptó en el caso contra Miguel Etchecolatz una interpretación amplia del concepto de “grupo nacional”, y la aplicó al grupo conformado por las víctimas de la dictadura porque los victimarios se proponían “destruir un determinado entramado de las relaciones sociales en un Estado para producir una modificación lo suficientemente sustancial para alterar la vida del conjunto”. En consecuencia, para el tribunal “el grupo nacional argentino ha[bía] sido aniquilado ‘en parte’ y en una parte suficientemente sustancial como para alterar las relaciones sociales al interior de la propia nación”. Esta línea jurisprudencial fue posteriormente seguida por el mismo tribunal en los casos Von Wernich, Omar Alonso y Dupuy, en los que afirmó que en Argentina se produjo un “genocidio reorganizador” contra un grupo nacional, que se caracterizaba por el uso sistemático de los campos de concentración, o centros clandestinos de detención, con el fin de transformar de manera tan profunda las relaciones sociales dentro de un Estado-nación pre-existente que se alterase su funcionamiento social.

El Tribunal Oral Federal en lo Criminal de San Luis ha calificado también los delitos cometidos por la dictadura argentina como genocidio, alegando que el grupo-víctima podía perfectamente identificar-

se como un grupo nacional que, si bien no era preexistente, “lo fueron conformando los genocidas a medida que aparecían individuos que manifestaban su oposición al plan económico implementado”. Así mismo, en la sentencia de primera instancia en el proceso relativo a los delitos cometidos en la Escuela Mecánica de la Armada (ESMA), el voto particular del juez Obligado afirma que los grupos políticos deben de entenderse como grupos protegidos por la Convención debido a las siguientes razones: (a) el grupo político, al igual que ocurre con los grupos religiosos, está constituido por personas que tienen las mismas ideas o creencias sobre una determinada postura; (b) el delito de genocidio tiene como principal objetivo la protección de los grupos más vulnerables y la historia ha demostrado que los grupos políticos tienen esta condición; y (c) la calificación de estas conductas como crímenes de lesa humanidad es insatisfactoria porque esta última categoría de delitos no tiene en cuenta al grupo como colectividad, no protege su vulnerabilidad y no presta atención a la intención del agente de acabar con el grupo.

Sin embargo, al igual que sucede en el caso español, esta línea jurisprudencial, tal y como Maculan señala, ha sido rechazada en apelación y casación por la Cámara Nacional de Casación Penal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por infringir el principio de legalidad. Además, no todos los Tribunales Federales Orales en lo Criminal han acogido esta interpretación, como se refleja en el expreso rechazo a la misma del Tribunal Oral Federal en lo Criminal de San Martín en el caso contra Omar Santiago Riveros y otros, el Tribunal Oral Federal en lo Criminal Núm. 2 de la Capital Federal en el caso contra Samuel Miara y otros, y la Mayoría del Tribunal Oral Federal en lo Criminal Núm. 5 de la Capital Federal en el caso ESMA. Para estos tribunales federales, por muy indefinido que pueda ser el concepto de grupo nacional, que en principio identifica a un “conjunto de personas de un mismo origen y que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común”, se fundamenta en algo distinto de la aceptación o rechazo de una determinada ideología política. Así mismo, en el caso del grupo de víctimas de los crímenes de las Juntas Militares argentinas, este no se caracteriza por ninguna señal de identidad positiva, tal y como exige la Corte Internacional de Justicia y los tribunales penales internacionales, sino que sólo puede ser definido

por una característica negativa, como es el no encajar en el proyecto de nación impuesto por el régimen.

8. La parte primera del libro concluye con el trabajo de Calvet sobre las lecciones que nos ha dejado el proceso por genocidio en Guatemala contra el ex presidente de la República, Efraín Ríos Montt, por el exterminio de la población Ixil a manos de las fuerzas y cuerpos de seguridad guatemaltecos entre 1981 y 1983. Los delitos imputados tuvieron lugar durante el conflicto armado interno ocurrido en Guatemala entre 1960 y 1996, en el que murieron alrededor de 200.000 personas y otras 45.000 resultaron desaparecidas. Según la Comisión para el Esclarecimiento del Conflicto (1999), el 93% de las violaciones fueron responsabilidad del Estado (Ejército Nacional, Patrullas de Autodefensa Civil, Comisionados Militares, otras fuerzas de seguridad del Estado y los Escuadrones de la Muerte), produciéndose en un 81% durante la presidencia de Ríos Montt.

Como Calvet subraya, el proceso contra Ríos Montt es el primero en el que una jurisdicción nacional condena a un Jefe de Estado por actos genocidas cometidos en su territorio, por lo que tiene una gran carga simbólica para las víctimas, al constituir un hito en la obtención de justicia tras más de 30 años de impunidad y enviar el mensaje de que “nadie está por encima de la ley”. Al respecto, conviene recordar aquí una de las frases de aquella histórica sentencia del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Medio Ambiente, esto es, que “creemos en realidad que para que exista paz (en Guatemala) debe existir previamente Justicia”. Así mismo, este proceso “ha dejado en claro los nexos entre la impunidad de crímenes del pasado y el peligro de que se produzcan nuevos crímenes en respuesta a los reclamos sociales que se expresan actualmente” por parte de las comunidades indígenas que buscan proteger sus tierras, cultura y tradiciones (Roth-Arriaza, 2013). Además, ha supuesto todo un reto para el sistema judicial guatemalteco, al pertenecer el imputado a las élites del poder, que no han dudado en recurrir a presiones y amenazas constantes contra los operadores de justicia, los testigos, las víctimas y los propios querellantes. En este sentido, cabe subrayar que los numerosos peritajes presentados durante el juicio, en particular aquellos relativos a los delitos sexuales, han sido clave para la fundamentación de la sentencia condenatoria del tribunal, evitando así que

la carga de la prueba recayera únicamente en las víctimas directas y que éstas fueran revictimizadas.

Ahora bien, como nos recuerda la propia Calvet, no todo han sido efectos positivos. Así, aunque este caso ha impulsado a otras comunidades indígenas a denunciar el impacto ambiental y social de los proyectos de extracción minera en sus tierras, esto ha provocado en la práctica su criminalización y el asesinato de defensores de derechos humanos y líderes de las comunidades indígenas. Además, la anulación en apenas diez días por la Corte Constitucional de Guatemala de la sentencia contra Ríos Montt por motivos de forma refleja que los poderes fácticos siguen teniendo mucha influencia en las instituciones estatales.

La declaración tres días después de la condena del Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras (CACIF) negando la existencia del genocidio, denunciando la intromisión de personas y organizaciones extranjeras y exigiendo a la Corte Constitucional la anulación de la sentencia, unido a la resolución del Congreso de la República de 24 de abril de 2014 en la que se declara la inexistencia de un genocidio en Guatemala, muestran que la memoria colectiva indígena sigue siendo una cuestión controvertida (Laplante, 2014). Es precisamente desde esta perspectiva desde la que entendemos hay que evaluar las distintas posiciones acogidas en este trabajo por Calvet, Carcano y Maculan sobre la función/disfunción de los procesos penales como instrumento de memoria histórica. De manera que, si bien para las dos primeras autoras, ha de primar la consideración de que juzgar este tipo de crímenes contribuye a hacer justicia, a la verdad (tanto individual como colectiva), constituye una forma de reparación y reconocimiento de las atrocidades cometidas en el pasado, y es una forma de garantizar que estas violaciones no se vuelvan a cometer en el futuro, para Maculan, los procesos penales no son un instrumento adecuado para alcanzar estos fines, particularmente en lo que a la determinación de las verdades individual y colectiva se refiere.

Con todo, finalmente, no se puede olvidar el hecho de que el Congreso está actualmente tramitando la modificación de la Ley de Reconciliación Nacional de 1996 para aprobar una amnistía general que impida el futuro enjuiciamiento de los presuntos responsables de

delitos internacionales cometidos durante el conflicto armado y deje en libertad a todas las personas condenadas por los mismos, promoviendo de esta manera su total impunidad.

## **II. CONCLUSIONES RELATIVAS A LA CONTRIBUCIÓN DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA A LA DEFINICIÓN Y APLICACIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO**

9. Tras las experiencias de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio al final de la Segunda Guerra Mundial, la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia inauguró lo que Parisi define como una nueva etapa de la justicia internacional, fruto de la singular coyuntura histórica y política que se vivió en la década de 1990 tras el final de la Guerra Fría.

La derrota de uno de los dos bloques de la Guerra Fría y el consiguiente menor grado de tensión entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas permitió que se impulsara desde el mismo un proyecto de justicia internacional penal. Su primer paso fue la creación mediante las resoluciones 808 y 827 de 1993 del TPIY ante las atrocidades que se estaban cometiendo en el territorio de la entonces República Federal Socialista de Yugoslavia (RFSY), a raíz de las declaraciones unilaterales de independencia de varias de sus entidades constitutivas (Eslovenia, Croacia y Bosnia y Herzegovina), que contaron con el apoyo de quienes se habían impuesto en la Guerra Fría.

El Consejo de Seguridad atribuyó al TPIY la función de investigar y enjuiciar a los responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en el territorio de la RFSY con independencia de su nacionalidad, superando de este modo la lógica selectiva propia de las experiencias de Nuremberg y Tokio. Esto, sin embargo, no fue óbice para que, a pesar de los esfuerzos de la Fiscalía del TPIY, los Estados que se consideraron vencedores del conflicto en la ex Yugoslavia (en particular, Croacia), consiguieran obstaculizar de manera muy significativa durante varios años los trabajos del TPIY, hasta que al inicio del siglo XXI, las presiones de la Unión Europea, unidas al deseo de Croacia de integrarse en la misma, permitieron

superar estas dificultades y conseguir un mayor grado de cooperación de las autoridades croatas. De esta manera, como subraya Parisi, el TPIY pudo demostrar que, pese a las reticencias de muchos, una justicia internacional penal era, en cierta medida, posible.

Con el establecimiento del TPIY, se planteó por primera vez la cuestión relativa a la relación entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción internacional. El artículo 9 del ETPIY, a pesar de llevar como rótulo el de “jurisdicción concurrente”, reguló esta cuestión atribuyendo primacía a la jurisdicción internacional, de manera que el TPIY tenía la facultad, en cualquier momento del procedimiento, de solicitar oficialmente a los tribunales nacionales que aceptasen su competencia de conformidad con el ETPIY y con sus RPP. Esta atribución de primacía al TPIY es consecuencia directa de su naturaleza de órgano subsidiario del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Sin embargo, como Parisi señala, la primacía del TPIY no ha sido ilimitada porque según la propia Regla 9 de las RPP, la Fiscalía del TPIY tenía que fundamentar sus solicitudes de remisión en una de las tres circunstancias siguientes: (i) la calificación como un delito ordinario por la jurisdicción nacional de los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento; (ii) la falta de independencia o imparcialidad en las actuaciones nacionales, el hecho de que las mismas se hubiesen dirigido a proteger al imputado de su responsabilidad internacional o la falta de la debida diligencia en su tramitación; y (iii) la existencia en el procedimiento en curso de cuestiones de hecho o de Derecho cuya resolución pudiera tener un impacto en las investigaciones o enjuiciamientos del TPIY.

Así mismo, la práctica de la Fiscalía en ejercicio de su discrecionalidad refleja una estrategia dirigida al fortalecimiento de la cooperación con las jurisdicciones nacionales, aun si esto le llevó en ocasiones a limitar las solicitudes a aquéllas para que le remitieran los casos de los estaban conociendo. De hecho, como subraya Parisi, llama la atención como la Fiscalía del TPIY pasó en pocos años de interpretar su primacía como un instrumento de lucha contra la impunidad dirigido a evitar que las autoridades nacionales protegieran a los presuntos responsables (lo que hizo del enjuiciamiento una herramienta esencial en la consecución de sus fines), a reinterpretar su relación con las

jurisdicciones nacionales con el fin de fortalecer la cooperación y aliviar la carga de trabajo mediante las solicitudes de remisión de casos pendientes ante el TPIY a dichas jurisdicciones conforme a la regla 11 bis de las RPP. A esto hay que unir las remisiones hechas de oficio por el Comité de Remisiones establecido por el Presidente del TPIY conforme a la propia regla 11 bis en virtud de la gravedad del caso y del nivel de responsabilidad de los acusados (criterios ambos establecidos por el Consejo de Seguridad en su Resolución 1534 (2004) sobre la estrategia para conclusión de los trabajos del TPIY).

Además, si bien el apartado (F) de la regla 11 bis permitía, a solicitud de la Fiscalía, la revocación de las remisiones realizadas a las jurisdicciones nacionales, siempre y cuando se cumpliera alguna de las circunstancias previstas en la Regla 9 de las RPP, lo cierto es que en la práctica, este tipo de revocaciones se limitó a los casos en los que se tuviera que decidir sobre cuestiones de hecho o de Derecho cuya resolución pudiese tener un impacto en las actuaciones del TPIY.

A la luz de lo anterior, Parisi remarca la peculiar naturaleza del TPIY, porque junto con la relación vertical establecida mediante el principio de primacía se adoptaron ciertos elementos de horizontalidad en la relación entre el TPIY y las jurisdicciones nacionales. Con ello, se pueden observar ciertas correlaciones con el sistema del ECPI, si bien, mientras el criterio de complementariedad recogido en este último se dirige a preservar la soberanía de los Estados partes y a promover que estos últimos adopten leyes de implementación en el ámbito interno, los elementos de horizontalidad en el sistema del TPIY se basan en, como ya dijimos (i) la decisión estratégica de la Fiscalía de utilizar su discrecionalidad para fortalecer la cooperación con las jurisdicciones nacionales; y (ii) la necesidad de ejecutar de manera efectiva la hoja de ruta para la finalización de los trabajos del TPIY adoptada por el Consejo de Seguridad en 2004 bajo el nombre de *completion strategy*.

En todo caso, para Parisi, el legado del TPIY se puede resumir en dos aspectos principales, que en cierto modo recuerdan a la opinión del último presidente del TPIY, Theodor Meron, esto es, que la clave de los tribunales penales internacionales no es cuántos casos puedan tratar, sino el profundo mensaje que de su existencia misma se deriva y la promoción del Derecho internacional penal que han supuesto



sus Estatutos y su práctica. Parisi, de su lado, destaca en primer lugar y como ya hemos señalado, el haber mostrado que es posible llevar adelante, con un cierto grado de eficacia, un proyecto de justicia internacional penal; en segundo, haber actuado como una especie de prototipo del mismo, favoreciendo aquellas opciones sustantivas y procesales que podían potenciar su desarrollo, y abandonado aquellas otras que estaban abocadas a provocar su fracaso.

Con respecto a este segundo aspecto, es importante subrayar que el ETPIY nunca fue diseñado como un código internacional penal (para ello, y sólo en cierto modo, habría que esperar al ECPI), limitándose, por tanto, a establecer unas directrices muy generales sobre los principios generales y la definición de los delitos que conformaron la jurisdicción material del TPIY. Es por ello que uno de los logros más importantes del TPIY es la elaboración jurisprudencial de toda una serie de principios relativos a la parte general del DIP, de los que el establecimiento de un umbral mínimo de imputación subjetiva (consistente en el conocimiento por parte del acusado de la probabilidad sustancial de que su conducta generase el resultado prohibido), y la definición de algunas de las circunstancias eximentes de responsabilidad (en particular, el estado de necesidad y la legítima defensa), constituyen dos ejemplos paradigmáticos.

Así mismo, el Estatuto del TPIY recoge definiciones muy amplias de los delitos, en el entendido de que la jurisprudencia del TPIY va a dotarlas de contenido mediante el recurso al Derecho internacional consuetudinario. De ahí que, como Parisi señala, una de las contribuciones más importantes del TPIY ha sido la identificación del Derecho internacional general aplicable, y el análisis comparativo de los sistemas jurídicos nacionales con el fin de colmar los vacíos normativos relativos a los elementos del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. La afirmación de que las infracciones graves de las normas de DIH aplicables en los conflictos armados no internacionales son constitutivas de crímenes de guerra y por tanto lugar a responsabilidad internacional penal, así como la construcción jurisprudencial de la violación como crimen de lesa humanidad y de guerra, son dos claras manifestaciones de la contribución del TPIY en este ámbito.

10. Como señala Liñán, uno de los aspectos más importantes del legado del TPIY es el avance hacia una definición unívoca de la categoría de crímenes de lesa humanidad, lo que a su vez ha facilitado su distinción del delito de genocidio.

En este sentido, conviene señalar que como ya se vio, pese a que el delito de genocidio no fue incluido con autonomía propia en el Tratado de Londres que estableció el Tribunal de Nuremberg, las actas del proceso reflejan que el término “genocidio”, aunque no se recoge en la sentencia, sí fue utilizado durante el juicio, como cuando el fiscal británico Fyfe preguntó a von Neurath si era consciente de que se le acusaba de genocidio “que según decimos es el exterminio de grupos raciales y nacionales” (Sands, 2017, p. 445). De hecho, los tribunales de Nuremberg y Tokio y los procesos desarrollados en las cuatro zonas de ocupación alemanas al amparo de la Ley Núm. 10 del Consejo de Control Aliado, se ocuparon de hechos constitutivos de genocidio bajo la calificación jurídica de crímenes de lesa humanidad. Desde entonces, como Liñán subraya, ambas figuras llevan consigo un fundamento común, que hace que, o bien se confundan, o bien se busque su diferenciación sobre elementos simbióticos para poder castigar los mismos actos como genocidio y como crimen de lesa humanidad de exterminio.

A diferencia del delito de genocidio que desde la Convención de 1948 aparece definido en el ámbito internacional, los crímenes de lesa humanidad no han sido objeto de un tratado internacional que los defina hasta la aprobación en 1998 del ECPI; y desde una perspectiva más general, como es sabido hoy día están siendo objeto de codificación por parte de la CDI. Esto ha provocado que, partiendo siempre de la existencia de un elemento contextual dirigido a proteger a la población civil, los estatutos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales que los han aplicado hasta esa fecha hayan añadido o eliminado ciertos elementos a su definición, con el fin de adecuar esta última a los hechos específicos que se pretendían juzgar.

Así, mientras el art. 6(c) del Estatuto del Tribunal de Nuremberg definía los crímenes de lesa humanidad como “asesinato, exterminios, esclavitud, deportaciones, y otros actos inhumanos cometidos contra una población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, en ejecución o conexión con

un crimen de la jurisdicción del tribunal, fueran perpetrados estos hechos, o no, en violación de la legislación nacional de un país”, el art. II(1)(c) de la Ley del Consejo de Control Aliado Núm. 10 de 1947 presentaba las siguientes diferencias en relación con la definición de crímenes de lesa humanidad recogida en el art. 6(c) del Estatuto del Tribunal de Núremberg: (i) la eliminación de toda exigencia de conexión con los crímenes de guerra o contra la paz; y (ii) la ampliación de las modalidades de comisión de los crímenes de lesa humanidad mediante la expresa inclusión de la detención, la violación y la tortura, y la afirmación del carácter no exhaustivo del listado recogido en el art. II(1)(c). Por su parte, el art. 5(c) del Estatuto del Tribunal de Tokio ampliaba expresamente el objeto de protección para incluir no sólo a la población civil, sino también al personal militar. En este contexto, la CDI, al elaborar los principios recogidos en el Estatuto y en la sentencia del Tribunal de Nuremberg, optaba por mantener en su propuesta la definición prevista en el art. 6(c) del Estatuto, eliminando solamente la referencia a los actos cometidos “antes o durante la guerra”.

Sin embargo, a partir de este momento se observa una notable disparidad en las propuestas de definición de los crímenes de lesa humanidad contenidas en los distintos Proyectos de Código de Crímenes Internacionales contra la Paz y Seguridad presentados por la CDI hasta 1996. De ahí, que a la Comisión de Expertos que propuso la creación del TPIY llegaran propuestas tan variadas para la definición de los crímenes de lesa humanidad como la exigencia de un plan o política estatal, la necesidad de una motivación discriminatoria o la inclusión de la destrucción de la propiedad entre sus modalidades de comisión (Morris y Scharf, 1995). Ante esta situación, cobraba particular importancia la definición recogida en el art. 5 del ETPIY (muy cercana a la propuesta inicial del Secretario General de las Naciones Unidas), que se refiere al asesinato, exterminio, reducción a la servidumbre, expulsión, encarcelamiento, tortura, violaciones, persecución por motivos políticos, raciales o religiosos y otros actos inhumanos “cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil”.

Posteriormente, como Liñán subraya, la jurisprudencia del TPIY afirmaría que, si bien en la definición del art. 5 no aparece la exigencia de un ataque generalizado o sistemático, este requisito es exigido

por el Derecho internacional consuetudinario. Asimismo, la propia jurisprudencia del TPIY en el caso *Tadić* afirmaría también que la definición de crímenes de lesa humanidad recogida en la costumbre internacional no requiere su conexión a un conflicto armado, y que por tanto la exigencia de dicha conexión en el art. 5 del ETPIY debía ser entendida como un requisito para que el TPIY pudiera ejercitar su jurisdicción sobre esta categoría de delitos, pero no como un elemento material de los mismos.

Estas dos cuestiones fueron resueltas en la definición de crímenes de lesa humanidad recogida en noviembre de 1994 en el artículo 3 del ETPIR. Sin embargo, debido a las particularidades de la violencia vivida en Ruanda, el Consejo de Seguridad decidió incorporar a dicha definición el requisito de que el ataque se hubiera llevado a cabo “en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso”. Tuvo que ser la jurisprudencia del TPIR en el caso *Akayesu* quien afirmara que, excepto en el caso de la persecución, este requisito era ajeno a la definición consuetudinaria de los crímenes de lesa humanidad, y que por tanto sólo debía ser tenido en cuenta para determinar si el TPIR podía ejercitar su jurisdicción sobre esta categoría de delitos. En consecuencia, no era necesario probar el elemento discriminatorio en cada acto de violencia, sino su inclusión en un ataque más amplio que si respondiera a esta motivación.

De esta manera, se llegaría en 1998 a la definición de los crímenes de lesa humanidad recogida en el art. 7 (1) del ECPI, conforme a la cual se entienden como tales cualquiera de los actos recogidos en dicha disposición (asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otro privación grave de la libertad física, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia, desaparición forzada, apartheid y otros actos inhumanos de carácter similar) “cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de ese ataque”. Además, en su apartado (2), la definición de crímenes de lesa humanidad prevista en el art. 7 del ECPI especifica que “[p]or ‘ataque contra una población civil’ se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de

conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”.

Con base en lo anterior, Liñán identifica las siguientes características comunes entre el delito de genocidio y los crímenes de lesa humanidad: (i) ambos surgen para hacer frente a un mismo tipo de criminalidad, donde el Estado o una organización con el poder suficiente ataca a su propia población o a la de un tercer Estado; (ii) ambos requieren un contexto de violencia generalizada (a gran escala) o sistemática (organizada), porque si bien es cierto que la definición del genocidio no exige expresamente este tipo de contexto, no es menos cierto que la generalidad o sistematicidad de la violencia se encuentra implícita en la exigencia de llevar a cabo sus modalidades de comisión (matanza, lesiones graves, sometimiento a condiciones de vida calculadas para provocar la destrucción, imposición de medidas para impedir el nacimiento de niños o traslado forzado de estos últimos a otro grupo) con la finalidad de destruir total o parcialmente al grupo atacado; y (iii) las modalidades de comisión del genocidio coinciden en su “práctica totalidad” con algunos de los tipos específicos de crímenes de lesa humanidad.

Pero al mismo tiempo, Liñán identifica también cuatro diferencias principales entre el genocidio y los crímenes de lesa humanidad: (i) la intención de destruir en todo o en parte al grupo objeto de la violencia sólo es requerida en el genocidio, porque el tipo de persecución como crimen de lesa humanidad limita su protección a la conculcación por motivos discriminatorios de los derechos fundamentales de los miembros de grupos identificados por determinadas características comunes que, además de incluir las recogidas en genocidio (nacionalidad, religión, raza y etnia), incluye otras reconocidas por el derecho internacional (ideología política, identidad cultural o identidad de género, entre otras); (ii) el delito de genocidio y los crímenes de lesa humanidad ponen el énfasis en distintos objetos de protección, porque mientras el primero protege grupos identificados por unas características comunes y perdurables, los segundos protegen a personas atacadas de un modo especialmente grave porque la violencia afecta de manera organizada o a gran escala a una multiplicidad de individuos que habitan en un mismo territorio (población civil) - de esta manera, mientras el genocidio protege un bien jurídico supraindividual como es la existencia de determinados grupos humanos (cuyo titular no es

la persona sino el grupo), el bien jurídico protegido por los crímenes de lesa humanidad no está tan claro, considerando algunos autores que también se protege un bien jurídico supraindividual como son los atributos de la Humanidad (ya sea su dignidad, ya sea su convivencia), mientras que para otros lo que se protege son bienes jurídicos individuales (vida, integridad física, libertad, autonomía sexual, etc.) frente a afectaciones especialmente graves; (iii) el delito de genocidio permite incorporar dentro del ámbito de protección del grupo a militares, lo que no es admitido por los crímenes de lesa humanidad que hacen del carácter civil de la población objeto de protección uno de sus rasgos distintivos; y (iv) los crímenes de lesa humanidad requieren un elemento político, al exigir el art. 7(2)(a) del ECPI, que el ataque sea llevado a cabo de conformidad con la política de un Estado o de una organización con capacidad para cometer el mismo, mientras que el delito de genocidio no incluye esta exigencia (si bien es muy difícil que tras un delito de genocidio no se encuentre un Estado o una organización estructurada con gran capacidad operativa, no es completamente descartable, como señalan los Elementos de los Crímenes de la CPI, que una sola persona pueda provocar la destrucción perseguida).

Ante los elementos en común y las diferencias entre el delito de genocidio y los crímenes de lesa humanidad, el TPIY ha tenido que abordar en el caso contra el comandante de los Drina Corps durante la masacre de alrededor de 8000 bosnio-musulmanes en el municipio de Srebrenica, Radislav Krstić, la cuestión relativa a si una misma conducta (el asesinato de miles de personas pertenecientes a un mismo grupo nacional) pueda dar lugar a un delito de genocidio y a un crimen de lesa humanidad de exterminio.

Como Liñán señala, la Fiscalía del TPIY optó por la acumulación de cargos en sus escritos de acusación, al no encontrarse en esta etapa inicial del proceso en condiciones para determinar cuál de los cargos reflejaba mejor los hechos objeto de la acusación. Por su parte, a la hora de emitir sentencia, la jurisprudencia del TPIY ha desarrollado una serie de criterios concursales, conocidos como “el test de *Celebici*”, para determinar el/los delito(s) objeto de la condena. Según esta importante contribución jurisprudencial como legado del TPIY, sólo es posible imputar y condenar por múltiples delitos con base en una misma conducta cuando la definición de cada uno de ellos contiene un elemento materialmente distinto, que requiere la prueba de un he-

cho que no es necesario para afirmar la existencia de los demás delitos. En caso contrario, se ha de aplicar el tipo penal que describa de manera más específica la comisión del hecho punible.

De acuerdo con lo expuesto por Liñán, al aplicar el test de *Celebici* en el caso *Krstić*, la Sala de Primera Instancia consideró que el requisito del ataque generalizado o sistemático propio de los crímenes de lesa humanidad se encuentra comprendido en la exigencia de que las modalidades de comisión del genocidio se lleven a cabo con el propósito de destruir, en todo o en parte, un grupo específico, porque esto lleva implícito un tipo de plan que excluye, en ambos casos, los actos aislados o aleatorios. Esto significa que tanto el genocidio mediante matanza, como el crimen de lesa humanidad de exterminio, requieren que los asesinatos formen parte de un plan para eliminar a una parte sustancial de la población atacada. De esta manera, aunque el genocidio exige que el grupo objeto del ataque tenga ciertas características específicas y que el acusado actúe con la intención de destruir al mismo (lo que no es exigido por el exterminio), para la Sala de Primera Instancia no existe ningún elemento material del exterminio que se requiera en el genocidio por matanza. Como resultado, al no haberse superado el test de *Celebici*, la Sala solo condenó a Krstić por genocidio en relación con la masacre de miles de bosnio-musulmanes en Srebrenica entre el 13 y el 19 de julio de 1995.

Sin embargo, la Sala de apelaciones rechazó esta interpretación por considerar que el crimen de lesa humanidad de exterminio sí exige la prueba de dos elementos materiales propios que no se requieren en el delito de genocidio: (i) que los asesinatos cometidos formen parte de un ataque generalizado o sistemático; y (ii) que el autor conozca dicha conexión. En consecuencia, al considerar superado el test de *Celebici*, revocó parcialmente la sentencia de Primera Instancia y condenó al acusado tanto por genocidio, como el crimen de lesa humanidad de exterminio. Esta misma interpretación se ha aplicado con posterioridad en varios casos, incluyendo las condenas en primera instancia (2016) y apelación (2018) contra el presidente de la autoproclamada República Serbia de Bosnia, Radovan Karadžić.

Liñán considera que esta interpretación priva de sentido al test de *Celebici* porque se limita a poner de manifiesto, con base en una interpretación literal, los distintos elementos contenidos en las de-

finiciones de las diversas figuras delictivas, sin entrar a valorar sus consecuencias, y por tanto sin analizar si hechos similares o materialmente distintos subyacen a los mismos. Esto ha provocado numerosas infracciones del principio *ne bis in idem*, si bien, como el propio Liñán concluye, éstas no han tenido consecuencias importantes en la determinación de la pena, debido a la práctica habitual en el TPIY de imponer una única pena que refleje la totalidad de los delitos objeto de la condena.

11. Rocha nos recuerda que los artículos 4 (2) del TPIY y 2 (2) del TPIR recogen las siguientes cinco formas de comisión del crimen de genocidio (elementos objetivos): la “matanza de los miembros del grupo”; “la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo”; “el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”; “la adopción de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo”; y “el traslado forzoso de niños de un grupo a otro”. Así mismo, los artículos 4 (3) del TPIY y 2 (3) del TPIR recogen “otros actos” como la conspiración, la incitación pública y directa, la tentativa y la complicidad para cometer genocidio, que constituyen “formas de responsabilidad secundaria” que, si bien no conllevan el mismo estigma adscrito al crimen de genocidio, pueden tener lugar incluso si este último no es finalmente consumado.

En el caso *Karadžić*, el TPIY ha afirmado que “matanza de miembros del grupo” no requiere una evaluación numérica del número concreto de las personas asesinadas, aunque la escala o nivel de atrocidad puede ser relevante para la evaluación del elemento subjetivo del crimen de genocidio. Por su parte, con respecto a la “lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo”, el TPIY en el caso *Tolimir* exigió concreción, afirmando que puede ser el resultado de prácticas diversas como tortura, tratos inhumanos y degradantes, violencia sexual, palizas, amenazas de muerte y en general daños que perjudiquen gravemente la salud, causen lesiones graves, permanentes o no, así como otros daños relativamente menores como intenso miedo y terror, intimidación o amenaza.

Con respecto al “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial,” el TPIY, en el caso *Stakić*, ha mantenido que dichas condi-



ciones pueden ser entendidas como métodos de destrucción por los cuales el autor no mata inmediatamente a los miembros del grupo, pero que ultimadamente busca su destrucción física. Además, en el caso *Mladić*, el propio TPIY ha sostenido que entre dichas condiciones se encuentran en particular la expulsión sistemática de los miembros del grupo de sus hogares o la creación de circunstancias que pudieran llevar a una muerte lenta basada en la falta de un adecuado acceso a la alimentación, el agua, de abrigo y de salud.

Como Rocha-Herrera señala, ni la “adopción de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo”, ni “el traslado forzoso de niños de un grupo a otro”, han sido modalidades de comisión frecuentemente abordadas por los tribunales internacionales penales. Con respecto a la primera, el TPIR en el caso *Akayesu* ha subrayado que dicha forma de comisión puede ser equiparada a la esterilización, la prohibición de matrimonios y la separación de los sexos. Asimismo y en el mismo caso, el TPIR ha afirmado en relación con la segunda, que tanto el acto directo de transferencia física forzada, como los actos de amenazas o traumas que conduzcan a la transferencia forzosa de niños de un grupo a otro, dan lugar a responsabilidad penal.

Con respecto a los “otros actos” arriba mencionados, Rocha-Herrera subraya la falta de tratamiento de los mismos en la jurisprudencia del TPIY, pues excepto en el caso de la complicidad para cometer genocidio, en los demás casos (conspiración, incitación pública y directa, y tentativa de cometer genocidio) ha sido el TPIR quien los ha desarrollado en casos como *Nahimana* y *Gacumbitsi*. Finalmente, en lo que se refiere a la relación entre la “complicidad en el genocidio” y “la participación en su planificación, preparación o ejecución mediante la ayuda o el aliento” (*aiding and abetting*), la jurisprudencia del TPIY en el caso *Krstić* ha señalado que mientras que en el caso de la complicidad en el genocidio no se requiere la consumación de este último para incurrir en responsabilidad penal, el *aiding and abetting*, en cuanto forma de intervención punible, sí exige dicha consumación.

12. El art. 2 de la Convención de 1948 define el genocidio como cualquiera de los actos constitutivos de alguna de sus cinco modalidades de comisión “perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como

tal”. Esta misma definición es recogida literalmente en el art. 4(2) del ETPIY y en el *chapeau* del art. 6 del ECPI. Sin embargo, a diferencia de la jurisprudencia del TPIY, los Elementos de los Crímenes de la CPI, al desarrollar cada una de las cinco modalidades de comisión del genocidio, requieren un elemento contextual consistente en “que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción”.

De esta manera, el llamado elemento contextual del delito de genocidio está compuesto por dos circunstancias alternativas. La primera requiere que los actos de violencia del acusado se lleven a cabo dentro de un contexto sistemático (patrón manifiesto) de actos de violencia similares cometidos contra los miembros del grupo nacional, étnico, racial o religioso objeto del ataque, lo que significa que otras personas distintas del acusado deben estar cometiendo también actos genocidas (o crímenes de lesa humanidad si actúan sin la intención genocida) en contra de los miembros grupo. La segunda exige que la conducta del acusado tenga de por sí la capacidad de destruir, al menos, una parte sustancial del grupo atacado, lo que puede ser el resultado del reducido tamaño del mismo o del tipo de armas utilizado.

A la luz de lo anterior, Olasolo, Suárez y López subrayan que surge la cuestión sobre si el elemento contextual del genocidio se encuentra implícitamente recogido en su definición, tal y como afirmaba Lemkin, o si por el contrario constituye una adición al mismo con el fin de excluir de la definición de genocidio conductas de odio aisladas que, ni responden a un patrón de conducta, ni tienen la capacidad necesaria para generar la destrucción buscada, y que por tanto no merecen ser calificadas como constitutivas del llamado “crimen de los crímenes”. Además, para estos autores, la cuestión se plantea sobre la base de que, excepto con respecto al crimen de agresión previsto en el ECPI, las demás categorías de crímenes internacionales recogidas en el ETPIY y en el ECPI tienen un contexto específico que las caracteriza como crímenes internacionales, a saber, un ataque sistemático o generalizado contra una población civil, o que los actos perpetrados se den en el contexto y en conexión con un conflicto armado, lo que permite que tanto el TPIY como la CPI dirijan sus actuaciones a hechos de violencia que no se cometen de manera aislada.

Según Olasolo, Suárez y López, la distinta manera en que el TIPY y la CPI han abordado esta pregunta se encuentra íntimamente relacionada con las diferencias entre sus respectivos estatutos e instrumentos complementarios (mientras el ETPIY y sus RPP no hacen ninguna referencia al elemento contextual del genocidio, los Elementos de los Crímenes de la CPI lo desarrollan en detalle), y con su diversa concepción del principio *nullum crimen sine iure*, conforme al cual se prohíbe el surgimiento de responsabilidad penal por conductas que, en el momento de llevarse a cabo, no son constitutivas de delito según el Derecho (nacional o internacional) aplicable.

A este último respecto, a pesar de que tanto el TPIY como CPI consideran que la naturaleza del principio *nullum crimen sine iure* ha dejado de ser la de un principio de justicia, para convertirse en un derecho subjetivo de naturaleza inderogable, al analizar su contenido Olasolo, Suárez y López observan importantes diferencias entre ambos tribunales internacionales. Así, la jurisprudencia del TPIY ha afirmado de manera reiterada desde el caso *Tadić* que dicho principio exige que en el momento de producirse, las conductas de las que conoce el TPIY han de ser constitutivas de alguno de los delitos recogidos en el ETPY conforme a una norma internacional consuetudinaria que cumpla con los requisitos de accesibilidad de la norma y previsibilidad de la responsabilidad penal. Por su parte, la jurisprudencia de la CPI ha señalado en el caso *Lubanga* que la definición del principio *nullum crimen sine iure* recogida en el art. 22 (1) y (2) del ECPI incluye los requisitos de la *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta*.

Como Olasolo, Suárez y López afirman, estas diferencias se explican, en buena medida, a causa de los siguientes tres factores: (i) la relación entre el momento de creación del respectivo tribunal y el momento de comisión de los crímenes sobre los que ejerce su jurisdicción (mientras una parte importante de los delitos de los que ha conocido el TPIY se cometieron antes de su creación, la CPI sólo conoce de delitos posteriores a la entrada en vigor del ECPI); (ii) la distinta naturaleza de las normas que definen los crímenes sobre los que ejercen su jurisdicción (mientras dichas normas tienen una naturaleza procesal en el ETPIY porque se limitan a atribuir jurisdicción al TPIY sobre delitos previamente existentes en el Derecho internacional consuetudinario, no ocurre lo mismo en el ECPI, cuyas normas tienen naturaleza penal y regulan los aspectos sustantivos de los crímenes

incluidos en la jurisdicción material de la CPI); y (iii) la diferente manera en que los estatutos del TPIY y de la CPI abordan el principio *nullum crimen sine iure* (mientras el ETPIY no ofrece una definición de dicho principio, el art. 22 del ECPI lo desarrolla en detalle).

Consecuencia de lo anterior, señalan estos tres autores que el legado jurisprudencial del TPIY en relación con el elemento contextual del delito de genocidio se caracteriza por afirmar que la definición de la Convención, tal y como ha sido recogida por el Derecho internacional general y por el propio artículo 4(2) del ETIPY, no exige tal elemento para la configuración de la conducta punible. Con ello, y a pesar de la creciente preocupación por evitar la trivialización del genocidio cuando se trata de conductas aisladas, se ha dejado, al menos formalmente, la puerta abierta al genocida que actúa solo. Esto no impide, sin embargo, que al mismo tiempo, la jurisprudencia del TPIY subraye que el análisis de la existencia de un plan o política tiene una importancia fundamental para poder demostrar en la práctica la intención genocida que requiere la configuración del tipo penal.

Por su parte, las diferencias de opinión entre los integrantes de la SCP I de la CPI en el caso contra el ex Presidente de Sudán, Omar Al-Bashir, con respecto a si el elemento contextual recogido en los Elementos de los Crímenes se configura, o no, como un elemento objetivo constitutivo del crimen de genocidio, así como las diversas posiciones doctrinales sobre esta cuestión, reflejan como la incipiente jurisprudencia de la CPI sobre el elemento contextual del genocidio es una fuente de inseguridad jurídica a la hora de aplicar este delito.

13. Como nos recuerda Gil, los elementos subjetivos del genocidio están conformados por un elemento subjetivo general (dolo) en relación con sus cinco modalidades de comisión, y un elemento subjetivo transcendente, consistente en “la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”.

El dolo, en cuanto elemento subjetivo general del genocidio, se compone de elementos diferentes según el elemento objetivo al que se refiera. Así, como señala Gil, todas las clases de dolo, incluido el dolo eventual, requieren la voluntad de llevar a cabo la conducta típica (por ejemplo, golpear en la cabeza con un objeto contundente a un miembro del grupo atacado). Sin embargo, las distintas clases de dolo varían en lo que requieren en relación con el resultado típico (por

ejemplo, las lesiones graves o la muerte del miembro del grupo que ha sido golpeado con el objeto contundente). Así, mientras el dolo directo requiere la voluntad de producir el resultado típico (o al menos tener la certeza, o conocer la probabilidad muy alta, de que éste se produzca como consecuencia de la conducta típica), el dolo eventual sólo exige que el sujeto prevea y acepte la producción del resultado típico como una posibilidad de llevar a cabo la conducta típica.

Con respecto al elemento subjetivo transcendente, también conocido como intención genocida, una parte de la doctrina (Werle y Jessberger, 2014; Cassese, 2008) exige que la destrucción, en todo o en parte, del grupo atacado sea el propósito directo, o dolo especial, del sujeto, afirmando, por tanto, la insuficiencia del dolo eventual, entendido como el conocimiento y la aceptación de la posibilidad de provocar la destrucción del grupo. Frente a esta posición, conocida como *purpose-based approach*, un segundo grupo de autores adopta una segunda posición, referida como *knowledge-based approach*, conforme a la cual es suficiente conocer que con la propia conducta se está contribuyendo a la ejecución de un plan que (i) está dirigido a la destrucción total o parcial del grupo; y (ii) cuenta con una alta probabilidad (Bassiouni y Manikas, 1996; Greenawalt, 1999; Vest, 2007), o al menos con una cierta posibilidad (dolo eventual) (Kreß, 2009), de que se pueda provocar dicha destrucción.

Gil recomienda la interpretación del delito de genocidio de manera que se incluya el dolo eventual, tanto en relación con sus modalidades de comisión, como con respecto a la intención genocida. De esta manera, su posición se encuentra próxima a la de Kreß, pero discrepa de este último en que la definición del genocidio exija la existencia de un plan dirigido con dolo directo a la destrucción del grupo, a modo de elemento contextual en el que se comete la conducta genocida individual. Para Gil, ese elemento contextual, o, más bien, esa acción colectiva de la que forma parte la conducta individual típica, no se calificaría como genocida porque otra persona (o algún ente colectivo) la dirija a la destrucción total o parcial del grupo, sino porque objetivamente posee la idoneidad para producir tal resultado, que todos los intervinientes pueden querer con cualquier grado de voluntad (incluido el dolo eventual).

La primera vez en la que un tribunal internacional abordó la interpretación de la intención genocida fue el TPIR en el caso *Akayesu*, donde, asumiendo el *purpose-based approach*, identificó la intención de destruir al grupo con una intención directa o propósito de destrucción (el TPIR ha mantenido desde entonces esta posición de manera reiterada). Así mismo, desde la sentencia de primera instancia en el caso *Krstić*, el TPIY ha seguido la posición adoptada por el TPIR, rechazando la aplicación del dolo eventual porque no está claro que en el derecho internacional general se acepte el mismo.

Sin embargo, como subraya Gil, a pesar de que la exigencia del fin o propósito directo de destrucción se afirma de manera reiterada en la jurisprudencia del TPIY y del TPIR, lo cierto es que son numerosos los casos en que ambos tribunales deducen su existencia del conocimiento del acusado de que con su propia conducta está contribuyendo a la ejecución de un plan dirigido a provocar la destrucción total o parcial del grupo al que pertenecen las víctimas. Además del recurso a este mecanismo probatorio (que en el fondo podría suponer la aceptación en la práctica del *knowledge-based approach*), el TPIY y el TPIR han recurrido también a las formas de intervención punibles para rebajar las exigencias derivadas de su estricta interpretación de la intención genocida (Van Sliedregt, 2007; Van der Vyver: 1999; Van der Wilt, 2006).

Gil nos ofrece un recuento de cómo esto ha tenido lugar, comenzando por el TPIR en el propio caso *Akayesu*, donde, apelando al Derecho inglés y a la sentencia del Tribunal Supremo de Israel en el caso *Eichmann*, se admitió que determinados partícipes (los cómplices) podían responder por genocidio sin necesidad de actuar con el dolo especial o intención genocida de destruir el grupo, siendo suficiente el conocimiento de que su conducta contribuía a la ejecución de un plan genocida (bastaba por tanto con que el acusado supiera que aquellos con quienes colaborara actuaban con una intención genocida, sin necesidad de compartirla). Así mismo, en el caso *Karemera y Ngirumpatse*, el TPIR ha remarcado que se puede incurrir en responsabilidad de superior jerárquico por genocidio, si se conoce la intención genocida de los subordinados, sin que haya tampoco en este caso necesidad de compartirla.

El TPIY no sólo ha asumido la línea jurisprudencial del TPIR, sino que la ha extendido al admitir en el caso *Brđanin* que no solo los cómplices, sino cualquier partícipe puede ser responsable por genocidio sin necesidad de actuar con el dolo especial o intención genocida de destruir en todo o en parte el grupo atacado. Lo mismo ha señalado en relación con el concepto de responsabilidad de superior jerárquico.

El TPIY ha admitido también en los casos *Blagojević y Jokić*, *Blaškić*, *Krstić* y *Vasiljević*, que los coautores en una empresa criminal común tipo I (ECC I), que deben compartir el dolo directo frente al delito central de la misma (en nuestro caso el genocidio), pueden utilizar para cometer materialmente el mismo a personas externas a la ECC I que actúan sin la intención genocida. La única condición establecida por el TPIY es que el delito central de la ECC I (el genocidio) pueda ser imputado a, al menos, uno de sus miembros, que al instrumentalizar al ejecutor material haya buscado ejecutar el plan común de la ECC. En consecuencia, como recientemente ha vuelto a reiterar el TPIY en los casos *Karadžić* y *Mladić*, lo relevante es que el miembro de la ECC I que utiliza al ejecutor material actúe con la intención genocida.

Así mismo, cabe referirse al marco de la tercera variante de empresa criminal común (ECC III) – conforme a la cual, todo miembro de una ECC es responsable a título de coautor de cualquier delito que no forme parte del plan común (constituye por tanto un exceso) cometido por otro integrante de la ECC, siempre y cuando su comisión es una consecuencia natural y previsible de la ejecución de dicho plan. Pues bien, en este escenario, el TPIY ha aceptado en el caso *Brđanin* la posibilidad de condenar como coautor de genocidio a quien no actúa con el dolo especial o intención genocida de destruir en todo o en parte al grupo objeto del ataque. Así, para el TPIY, todo miembro de una ECC puede ser responsable como coautor de genocidio, aunque no haya acordado su comisión con el resto de miembros de la ECC, si dicha comisión y la intención genocida del miembro de la ECC que la lleva a cabo son una consecuencia natural y previsible de la ejecución del plan común.

Para Gil, con todo, el legado del TPIY en este ámbito no puede valorarse positivamente porque, en lugar de tener que rebajar las exigencias de interpretar la intención genocida como un dolo especial de

destruir el grupo (*purpose-based approach*) a través de mecanismos probatorios o de controvertidas interpretaciones de los elementos subjetivos de las formas de intervención punibles, hubiera sido preferible, dogmática y político-criminalmente, adoptar una interpretación de la intención genocida que asumiera el *knowledge based approach* y admitiera el dolo eventual. Así, desde una perspectiva dogmática, Gil justifica su posición, a través de diversos ejemplos, insistiendo que la intención genocida tiene la exclusiva función de convertir formalmente en delito consumado, aquello que materialmente es todavía una tentativa en relación con la lesión del bien jurídico protegido (la destrucción del grupo). Con ello se adelanta el castigo del genocidio, convirtiendo en delito consumado el primer acto de violencia constitutivo de una de sus modalidades de comisión que se lleve a cabo con la intención de proseguir con la realización de sucesivos actos de violencia hasta provocar la destrucción total o parcial del grupo atacado. En consecuencia, si en el caso hipotético de que la definición de genocidio exigiera la efectiva destrucción del grupo, no habría ningún problema para castigar, tanto la comisión, como la tentativa, realizadas con dolo eventual; no debería haber tampoco ningún problema en admitir el dolo eventual en la aplicación de la actual definición de genocidio que no ha hecho sino incrementar la protección del bien jurídico, al adelantar la intervención penal y de este modo convertir en delito consumado lo que todavía es una tentativa inacabada de destrucción del grupo atacado.

Gil justifica también su posición desde una perspectiva político-criminal, para evitar “importantes lagunas de punibilidad”, que ejemplifica, entre otras situaciones, con el caso de los miembros del gobierno de un país multiétnico, controlado por un grupo étnico dominante, que: (i) someten deliberadamente a otra minoría étnica a condiciones de vida caracterizadas por la insalubridad, la falta de alimentos y la ausencia de atención sanitaria, con el fin de mantener un régimen de apartheid que permita perpetuar su superioridad y control sobre la etnia sometida, y (ii) conocen y aceptan la posibilidad de que el sometimiento a estas condiciones de vida pueda causar la muerte masiva de los miembros de la etnia afectada.

14. Como Fernández-Pacheco señala, aunque el número de condenas por genocidio en el TPIY ha sido reducido, y se ha visto limitado al asesinato de alrededor de 8000 bosnio-musulmanes ocurrida en la



localidad de Srebrenica entre el 13 y el 19 de julio de 1995 (lo que ha provocado una gran decepción en algunos sectores, especialmente entre las víctimas), el legado del TPIY en lo que respecta a la definición de los grupos protegidos por el delito de genocidio es sobresaliente, como se refleja en las numerosas citas a su jurisprudencia por parte de instituciones tan diversas como la Corte Internacional de Justicia, la CPI, la Sala de Crímenes de Guerra de Bosnia-Herzegovina y los tribunales nacionales.

La jurisprudencia del TPIY ha puesto, en particular, de manifiesto que el concepto de grupo en el delito de genocidio es un concepto normativo que requiere de valoración jurídica conforme a los siguientes criterios: (i) el criterio de estabilidad; (ii) el criterio subjetivo; y (iii) los criterios de delimitación del grupo. En lo que se refiere al criterio de la estabilidad del grupo, la jurisprudencia del TPIY ha afirmado desde el caso *Jelisić* que el grupo se caracteriza, tanto por la adscripción al mismo por nacimiento de la mayoría de sus miembros, como por la especial dificultad para abandonarlo.

En cuanto al criterio subjetivo, Fernández-Pacheco nos recuerda que fue aplicado por primera vez por el TPIR en el caso *Akayesu* como consecuencia de que hutus, tutsis y twas, si bien no podían considerarse objetivamente como grupos étnicos diversos porque compartían una misma lengua y cultura, sí habían desarrollado fuertes sentimientos de pertenencia a etnias diferentes, lo que, a su vez, trajo consigo una percepción social de constituir grupos distintos. Posteriormente, el TPIY lo ha desarrollado en los casos *Brđanin*, *Krstić* y *Jelisić* para identificarlo con la estigmatización del grupo por parte de los agresores y la autoidentificación de las víctimas como miembros del grupo. Con base en esta concepción, el TPIY lo ha utilizado para interpretar la definición de grupo a la luz de la propia estructura del delito de genocidio, caracterizada por la exigencia de una intención de destruir, en todo o en parte, al grupo objeto del ataque. De esta manera, si quien comete los actos delictivos no concibe al grupo como un ente diferenciado del resto de la sociedad, difícilmente podrá albergar la intención de destruirlo como tal.

Ahora bien, como nos recuerda Fernández-Pacheco, la propia jurisprudencia del TPIY ha sostenido que el criterio subjetivo debe estar necesariamente acompañado de ciertos indicios objetivos. Así,

en el caso *Stakić*, la Sala de Apelaciones subrayaba la necesidad de combinar criterios objetivos y subjetivos, no pudiendo depender la definición del grupo exclusivamente en estos último. En consecuencia, independientemente de los sentimientos de pertenencia a ciertos grupos por parte de víctimas y verdugos, es necesario que existan datos objetivos que confirmen esta hipótesis (por ejemplo, más allá de la creencia de pertenecer a grupos étnicos diferentes, hutus y tutsis poseían carnets de identidad que incluían una categoría denominada “etnia”). Esta concepción híbrida de grupo, resultado de combinar factores subjetivos y objetivos, ha sido respaldada de forma prácticamente unánime por la doctrina. A esto hay que añadir que desde el caso *Brđanin*, el TPIY ha enfatizado que la correcta determinación del grupo protegido debe ser llevada a cabo tras un estudio individualizado de cada caso, recurriendo tanto a criterios objetivos como subjetivos.

Según afirma Fernández-Pacheco, el TPIY en el caso *Krstić* ha requerido también la cohesión interna del grupo como criterio de delimitación del mismo. Esta cohesión está estrechamente vinculada con el criterio subjetivo y contribuye a diferenciar el delito de genocidio de otros delitos cometidos por discriminación, como el crimen de lesa humanidad de persecución.

Asimismo, también ha adquirido un valor especial en la jurisprudencia del TPIY el rechazo a la caracterización de los grupos a partir de un enfoque negativo, basado en los rasgos de los que carecen. En consecuencia, el TPIY ha exigido en los casos *Karadžić*, *Mladić* y *Stakić* que los grupos sean caracterizados a partir de criterios positivos, consistentes en los rasgos que poseen los miembros del grupo.

Finalmente, Fernández-Pacheco subraya que en lo que respecta a las categorías de grupos protegidos, el caso del conflicto en la ex Yugoslavia refleja la dificultad de reconducir los complejos procesos identitarios a las nociones de nacionalidad, raza, etnia o religión. Aunque diversas sentencias expresan dudas a propósito del carácter étnico, nacional o religioso de los bosnios musulmanes, la jurisprudencia del TPIY en los casos *Brđanin*, *Popović*, *Karadžić*, *Mladić* y *Stakić* ha puesto el énfasis en su caracterización como grupo protegido. Ello muestra las dificultades a la hora de definir e identificar la naturaleza del grupo, lo que, en última instancia, y a riesgo de transgredir el principio de

taxatividad de las normas penales, ha favorecido, según Fernández-Pacheco, a la concepción de las clases de grupos protegidos como cuatro postes que delimitan “el área de los grupos relevantes”.

15. Como Ollé subraya, la principal preocupación a la hora de fijar los límites de la parte del grupo cuya destrucción se pretende, es la de evitar que llegue a denominarse genocidio a los actos contra conjuntos de individuos que no alcanzan a constituir un grupo o una parte del mismo. De esa manera, se advierten los riesgos de desnaturalizar el delito de genocidio mediante su aplicación a cualquier caso que afecte a sujetos que se limitan a compartir una serie de rasgos. En este contexto, el TPIY ha manifestado en los casos *Krstić* y *Stakić* que resulta de utilidad aplicar criterios cuantitativos, cualitativos y de oportunidad para valorar mejor este aspecto.

Ollé subraya en este sentido que el TPIY se ha referido con frecuencia a factores cuantitativos para la determinación de la parte relevante del grupo (casos *Krajišnik*, *Krstić*, *Jelisić* y *Sikirica*). Inicialmente, las exigencias se centraban en que el ataque se llevara a cabo contra un número significativo de personas. Posteriormente, se pasó a requerir que el ataque se produjera con la intención de destruir a una parte *sustancial* del grupo. No parece existir, sin embargo, una diferencia real importante entre ambas opciones, siendo por tanto mucho más relevante la determinación de los criterios para la valoración del carácter significativo o sustancial de la parte del grupo que se trata de destruir, ya consistan en un umbral numérico mínimo, ya ponga el énfasis en el impacto sobre la totalidad del grupo.

Con respecto al umbral numérico mínimo, el TPIY fija en el caso *Krstić* las proporciones de bosnio-musulmanes a los que se trató de destruir, en relación con los que residían en la zona de Srebrenica. La muerte de entre 7.000 y 8.000 hombres, junto con la deportación de 25.000 personas, contribuyó a afectar a un grupo que antes del ataque contaba aproximadamente con 40.000 individuos. El TPIY adoptó también este enfoque en el caso *Sikirica*, donde tras una serie de cálculos, determinó el porcentaje (entre el 2% y el 2,8%) que representaban las víctimas bosnio-musulmanas respecto al total de integrantes de dicho grupo que habitaban en la región de Prijedor. Para el TPIY este porcentaje no cumplía con el requisito de “sustancialidad

razonable” en la proporción del grupo cuya destrucción se persiguió, con respecto al tamaño total del grupo.

Si bien este enfoque introduce ciertas dosis de objetividad, no es menos cierto que, como señala Ollé, estos cálculos son muy difíciles de realizar (si no imposibles). En los casos *Krstić* y *Sikirica*, las cifras utilizadas para elaborar los porcentajes fueron las relativas al número de muertos y desplazados en Srebrenica, o al número de personas recluidas en el campo de Keraterm. Aunque estas cifras corresponden a quienes efectivamente sufrieron la violencia, no reflejan necesariamente la parte de la población a la que se tenía la intención de destruir. Además, aunque un alto porcentaje de víctimas muestra la intención de querer destruir a una parte mayor del grupo atacado, no es en sí suficiente para poder establecer el carácter sustancial de la parte del grupo. De esta manera, como ha afirmado el propio TPIY en los casos *Tolimir*, *Karadžić* y *Kravica*, los cálculos matemáticos relativos al porcentaje del número de víctimas sobre el total de la población del grupo tienen, en ese contexto, poca utilidad.

Como Ollé señala, el TPIY ha considerado también relevante el criterio del impacto que la destrucción de la parte atacada podría tener sobre el grupo en su conjunto. Así, en los casos relativos a la masacre de Srebrenica, el TPIY, al analizar si la parte afectada tenía la condición de sustancial frente al conjunto del grupo, ha tenido en cuenta los siguientes factores: (i) el impacto producido por la muerte de dos o tres generaciones de hombres en una sociedad tradicionalmente patriarcal; (ii) los graves daños morales causados a los supervivientes por el uso de fosas comunes, que impidió a los familiares de las víctimas recuperar los cadáveres y enterrar a los fallecidos conforme a sus creencias religiosas y prácticas culturales; (iii) el menoscabo que para el grupo bosnio-musulmán del este de Bosnia en su conjunto tuvo la matanza cometida en un municipio con tanta importancia estratégico-territorial como Srebrenica.

Ollé destaca también que el TPIY ha tenido en cuenta también al analizar la “sustancialidad” o no de la parte del grupo varios factores de naturaleza cualitativa. En primer lugar, en los casos *Jelisić*, *Krajišnik* y *Krstić*, el TPIY ha afirmado que la eliminación de los líderes de un grupo puede tener, en ocasiones, efectos mucho más graves para la destrucción del grupo que el asesinato de un número

importante de sus miembros. En consecuencia, los ataques dirigidos contra una parte del grupo que tiene una particular relevancia en el mismo pueden, en ocasiones, ser constitutivos de genocidio, porque la destrucción selectiva de los miembros del grupo es un factor a tener en consideración a la hora de determinar el carácter sustancial de la parte del grupo que se pretende destruir.

En segundo lugar, en el caso *Sikirica*, el TPIY ha subrayado que el carácter sustancial de la parte del grupo atacada puede ser consecuencia de su función oficial (por ejemplo, las fuerzas y cuerpos de seguridad) o de su personalidad, cuando ello le atribuya de hecho la facultad de tener una influencia significativa en las acciones, u opiniones, del grupo en su conjunto.

En tercer lugar, en los casos *Krstić* y *Krajišnik*, el TPIY ha señalado que el carácter sustancial de la parte del grupo atacada puede también ser consecuencia de su condición de “parte emblemática de todo el grupo o esencial para su supervivencia”. De esta manera los entre 7.000 y 8.000 hombres bosnio-musulmanes en edad militar que fueron asesinados en Srebrenica eran esenciales para la supervivencia del grupo bosnio-musulmán en el este de Bosnia puesto que constituían entre dos y tres generaciones de sus hombres. En consecuencia, con independencia de que las víctimas tuvieran una posición de liderazgo en el grupo, la parte atacada tenía un carácter sustancial dentro del mismo.

Finalmente, en los casos *Karadžić* y *Mladić*, se ha respondido de manera afirmativa a la cuestión relativa a si en el análisis del carácter sustancial de la parte del grupo objeto del ataque debe tenerse en cuenta el ámbito territorial en el que los atacantes tienen una capacidad real para llevar a cabo sus acciones genocidas. De esta manera, en lugar de configurar el conjunto del grupo con base en la totalidad de sus miembros en una región geográfica más extensa, se limita el conjunto del grupo a los miembros que habitan en el territorio donde el grupo genocida tiene capacidad operativa. Sobre la base de esta definición del todo, se procede posteriormente a analizar el carácter sustancial, o no, de la parte del grupo atacada.

16. Tal y como Salinas afirma, el desarrollo del concepto de coautoría a través de la ya mencionada empresa criminal común (ECC), a pesar de las críticas que ha recibido, es una de las contribuciones

más importantes de la jurisprudencia del TPIY al desarrollo del DIP y, por tanto, parte esencial de su legado. De hecho, en opinión de Salinas, “[...] así como ocurrió con su decisión de jurisdicción, que extendió los límites del Derecho internacional humanitario acelerando la formación de la norma consuetudinaria por la que hoy en día entendemos que la responsabilidad por crímenes de guerra se aplica no solo a conflictos armados internacionales, el paradigmático caso *Tadić* y la jurisprudencia del TIPY también transformó para siempre los principios de responsabilidad individual por crímenes internacionales aplicando y refinando el concepto de ECC”.

De esta manera, con el fin de “asegurar que la culpabilidad individual no se oculte en la niebla de criminalidad colectiva y la responsabilidad resulte evadida”, la Sala de Apelaciones del TPIY desarrolló el concepto de ECC en el caso *Tadić*, afirmando que, a pesar de no encontrarse expresamente recogido en el ETPIY, si formaba parte del Derecho internacional general debido a su aplicación en los tribunales internacionales establecidos al final de la Segunda Guerra Mundial y en numerosos sistemas nacionales.

El concepto de ECC, y en particular sus dos primeras variantes (ECC I y ECC II), ha llegado a aplicarse de manera general tanto en el TIPY, como en el TPIR, y ha sido subsecuentemente reconocido por la CESL, las SECC y el TEL. Si bien la jurisprudencia de la CPI no lo ha aplicado, debido a la adopción en el art. 25 del ECPI del criterio del dominio del hecho para distinguir entre autores y partícipes y construir el concepto de coautoría, la ECC constituye en la actualidad un concepto de coautoría bien asentado en el DIP, que es aplicable en aquellos casos donde una pluralidad de personas comparte un propósito criminal común, y coordina sus esfuerzos a través de un plan común para cometer uno o varios delitos fundantes de la ECC.

Incluso para Salinas, las dos primeras variantes de este concepto, que son particularmente útiles en aquellos casos en los que la función específica de los distintos intervinientes en la comisión del delito resulta difusa por la naturaleza compleja y la escala masiva del plan criminal común (piénsese, por ejemplo, en campañas de limpieza étnica que se quieren implementar en amplias extensiones de territorio, o en campos de detención donde se abusa sistemáticamente a cientos, o miles, de internos), se han visto reafirmadas a través de la juris-

prudencia del TPIY como parte del Derecho internacional consuetudinario y son generalmente aplicables, a menos que el estatuto del respectivo tribunal internacional establezca lo contrario. A esto hay que unir que la aplicación de la tercera categoría de ECC (ECC III), también conocida como variante amplia, que como ya vimos incluye aquellos delitos que a pesar de ir más allá del plan común (excesos) son una consecuencia natural y previsible de su ejecución, tiene especial relevancia para establecer la responsabilidad como coautores de los distintos actores involucrados en extensas campañas de crímenes internacionales.

En cuanto a la aplicación del concepto de coautoría por ECC al delito de genocidio, ya hemos comentando anteriormente que el TPIY ha admitido en los casos *Blagojević y Jokić*, *Blaškić*, *Karadžić*, *Krstić*, *Mladić* y *Vasiljević*, que los coautores en una ECC I, que deben compartir el dolo directo con respecto a las modalidades de comisión y a la intención genocida cuando el genocidio es el delito fundante de la misma, pueden utilizar para su comisión material a personas ajenas a la ECC I que actúen sin la intención genocida.

Así mismo, el TPIY también ha aceptado en el caso *Brđanin* la posibilidad de condenar como coautor de genocidio con base en una ECC III, a quien no actúa con el dolo especial o intención genocida de destruir en todo o en parte al grupo objeto del ataque. Así, para el TPIY, todo miembro de una ECC I o de una ECC II puede ser también responsable como coautor de genocidio, aunque no haya acordado su comisión con el resto de sus miembros, si su comisión y la intención genocida del miembro de la ECC que la lleva a cabo, son una consecuencia natural y previsible de la ejecución del plan común. En consecuencia, es suficiente con que el acusado haya sido consciente de la posibilidad de que otros miembros de la ECC I o ECC II a la que pertenecía, podían cometer, como un exceso de la ejecución del plan común, un delito de genocidio.

Si Salinas entiende que, debido en gran medida a la jurisprudencia del TPIY, es posible argumentar que el proceso de consolidación de la ECC III en el Derecho consuetudinario ha avanzado significativamente en las últimas décadas, la propia autora precisa que esto no es aplicable en relación con la aplicación de la ECC III a los delitos que requieren un dolo especial como elemento subjetivo transcendente,

como ocurre con el genocidio. En su opinión, consideraciones esenciales de justicia hacen que en estos casos sea más adecuado abandonar la aplicación de la coautoría por ECC III, porque admitir que un sujeto puede ser hallado responsable como coautor de un delito que requiere *dolus specialis* (por ejemplo, la intención genocida) sin actuar con él, y contando únicamente con un mero *dolus eventualis* respecto del mismo (conciencia y aceptación de la posibilidad de que otro miembro de la ECC pueda actuar con la intención genocida), parece ser una infracción inadmisibles de las limitaciones al poder punitivo de los estados y de sociedad internacional establecidas por el principio de culpabilidad. Ni las consideraciones de política pública y necesidad con las que se pretende justificar la aplicación de la ECC III a los delitos de *dolus specialis*, ni el argumento de que el menor grado de culpabilidad puede ser tenido en cuenta al momento de la determinación de la pena, son lo suficientemente convincentes como para justificar dicha infracción.

En consecuencia, en contraposición a la propuesta realizada por Gil de interpretar tanto el elemento subjetivo general aplicable a las modalidades de comisión del genocidio, como el elemento subjetivo transcendente consistente en la intención genocida, de manera que se admita el dolo eventual, Salinas aboga por reconfigurar la ECC III en los casos en que pretenda ser aplicada a delitos que requieren dolo especial, de manera su naturaleza sea la de una forma de responsabilidad accesoria por complicidad, en lugar de una forma de coautoría.

17. Manguel analiza el desarrollo del concepto de responsabilidad del superior, que atribuye a los superiores jerárquicos civiles y militares responsabilidad penal por los crímenes internacionales cometidos por sus subordinados cuando hayan infringido de forma reprochable sus obligaciones de control sobre estos últimos. Al respecto, destaca que estamos ante una de las principales aportaciones del legado del TPIY, porque ante la ambigüedad de la definición recogida en el art. 7 (3) del ETPIY y la casi total ausencia de precedentes, ha articulado sus elementos constitutivos de manera detallada a lo largo de las últimas dos décadas en los casos *Aleksovski*, *Blaškić*, *Delalić*, *Hadzihasanović*, *Halilović*, *Karadžić*, *Kordić* y *Čerkez*, *Krnojelac*, *Mladić*, *Orić* y *Strugar*, entre otros.



El concepto de responsabilidad del superior es una de las formas de atribución de responsabilidad más debatidas en la actualidad en el DIP. A ello se debe la constatación de que, por una parte, son muy pocos los casos donde crímenes internacionales son cometidos por iniciativa propia de miembros subordinados de las fuerzas armadas, y, por otra, porque las mayores atrocidades de la historia han tenido en mayor o menor medida la injerencia de los superiores jerárquicos, que cuando no las han ordenado directamente, han tolerado su comisión o no han supervisado debidamente la conducta de sus subordinados. De ahí que el fundamento de la responsabilidad del superior se encuentra en la autoridad de los superiores jerárquicos, lo que les atribuye mayor capacidad que a cualquier otra persona para ejercer el control sobre sus tropas y sobre el uso racional de su armamento en combate, así como para evitar infracción y mantener la disciplina. Pero no es menos cierto que la actual relevancia del concepto de responsabilidad del superior en el DIP se debe también, en buena medida, a la vasta jurisprudencia desarrollada al respecto por el TPIY y el TPIR, que no siempre ha sido recogida por el ECPI y la incipiente jurisprudencia de la CPI (en particular, en el caso *Bemba*).

El concepto de responsabilidad del superior fue aplicado por primera vez en el proceso desarrollado por una Comisión Militar de los Estados Unidos contra el general japonés Tomoyuki Yamashita, comandante en jefe del Ejército Japonés en las Filipinas entre 1944 y 1945, quien fue condenado por incumplir con su obligación como comandante de controlar las operaciones de las fuerzas bajo su mando, permitiéndoles de esta manera cometer graves atrocidades contra las fuerzas norteamericanas en las Filipinas y contra sus aliados.

La Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. confirmó la condena al afirmar que las leyes de la guerra presuponen que se debe evitar su violación mediante el debido control por parte de los comandantes, quienes “hasta cierto punto son responsables por los actos de sus subordinados”. Posteriormente, sería aplicado por el Tribunal Militar establecido en la zona de ocupación norteamericana para condenar a superiores jerárquicos civiles y militares del régimen nacional socialista alemán en los casos del Alto Mando, los Rehenes y el Personal Médico.

Con base en estos precedentes, el DIH desarrolló en 1977 el concepto de responsabilidad del superior a través del art. 86 (2) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra. De acuerdo con esta disposición, “[e]l hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción”. Quince años más tarde, sería expresamente recogido en los arts. 7(3) del ETIPY y 6(3) del Estatuto ETIPR. En estas disposiciones, así como en el art. 6(3) del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, se establece que “[e]l hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera a su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores”.

Ante la ambigüedad de la definición recogida en el art. 7(3) del ETPIY y la ausencia de precedentes que dotaran de contenido al concepto de responsabilidad del superior, la jurisprudencia del TPIY ha articulado de manera detallada sus elementos constitutivos, afirmando que los mismos se pueden subsumir en los siguientes tres requisitos: (i) debe existir una relación superior-subordinado basada en un control efectivo *de facto* (el nombramiento *de iure* es un indicio de su existencia) entre el superior y los autores materiales de los delitos; (ii) el superior debe conocer que sus subordinados están cometiendo o van a cometer los delitos, o al menos debe tener motivos para saber sobre esta situación al poseer información de tal naturaleza que le alerte tanto del riesgo de que sus subordinados vayan a cometer, o hayan cometido, los delitos, como de la consiguiente necesidad de llevar a cabo una investigación para aclarar este extremo; y (iii) el superior debe omitir la adopción de las medidas necesarias y razonables a su disposición para evitar la comisión de los delitos por sus subordinados o para castigar a estos últimos en caso de que los hayan cometido.

De esta manera, como subraya Manguel, el TPIY ha rechazado tanto la responsabilidad objetiva de los superiores por los delitos cometidos por sus subordinados, como su responsabilidad imprudente por no tener el debido cuidado al establecer un sistema de información que les permita conocer en todo momento qué se disponen a realizar sus subordinados, qué están haciendo o que actividades han llevado a cabo. Así mismo, el TPIY ha afirmado la aplicación de los tres requisitos arriba mencionados a los superiores civiles.

En lo que se refiere a la naturaleza de la responsabilidad atribuida a los superiores civiles y militares, Manguel destaca que aunque en la sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić* se consideró la responsabilidad de superior como un modo de comisión por omisión (exigiendo por tanto un vínculo de causalidad entre la omisión del superior y la comisión del delito por el subordinado), a partir de la sentencia de apelación en el caso *Delalić*, el TPIY ha afirmado de manera reiterada que dicho vínculo de causalidad no es necesario, porque se trata de un supuesto de omisión propia, que genera la responsabilidad del superior por el incumplimiento de sus obligaciones de prevención y castigo de los delitos de subordinados, con independencia de que sus omisiones incrementen o no el riesgo de que estos últimos cometan los delitos

Finalmente, surge la cuestión relativa al elemento subjetivo que han de tener los superiores para incurrir en responsabilidad por aquellos delitos que, como el genocidio, requieren como elemento subjetivo transcendente un dolo especial (por ejemplo, la intención genocida de destruir en todo o en parte el grupo nacional, étnico, racial o religioso objeto de los actos de violencia). Como Manguel señala, la respuesta dependerá de la posición adoptada con respecto a: (i) la exigencia o no de un vínculo de causalidad entre la omisión del superior y la comisión del delito por el subordinado; y (ii) la naturaleza jurídica de la responsabilidad atribuida al superior. De esta manera, si como Manguel afirma, el TPIY configura la responsabilidad del superior como un supuesto de omisión propia, no resulta necesario, como la propia jurisprudencia del TPIY ha señalado en el caso *Brđanin* que el superior comparta la intención genocida de su subordinado, sino que es suficiente con que conozca la misma o, al menos, tenga motivos para conocerla.

18. La segunda primera del libro concluye con el trabajo de Carnero-Rojo sobre el desarrollo jurisprudencial en el caso *Karadžić* de la figura procesal de la declaración judicial de tener como probados hechos juzgados en otros procesos ante el propio TPIY (en adelante, “declaración judicial de hechos probados en otros procesos” o en su terminología en inglés *judicial notice of adjudicated facts*). A pesar de que la expresión “hechos juzgados” no está definida en las RPP del TPIY (como tampoco lo está en las RPP del TPIR), esto no ha impedido que, con el fin de promover la economía procesal y reducir la duración del juicio oral, numerosas salas del TPIY hayan recurrido a esta figura. De esta manera, se han limitado los procesos a lo que es esencial para cada parte procesal, sin tener que escuchar de nuevo alegaciones ya probadas en casos anteriores ante el TPIY, garantizando además de esta manera la coherencia y uniformidad de las decisiones judiciales sobre cuestiones de hecho objeto de diversos procesos. Un buen ejemplo de esta práctica son las decisiones de las Salas de Primera Instancia en los casos *Krajišnik*, *Milošević*, *Prlić et al.* y *Popović et al.*, en relación con hechos ocurridos en las localidades de Foča, Prijedor, Busovaža, Mostar, Stupni Do, Srbrenica y Potočari.

Como Carnero-Rojo subraya, la facultad de los tribunales internacionales penales para realizar declaraciones judiciales de hechos probados en otros procesos ha estado siempre presente en el DIP desde Núremberg y Tokio. De hecho, se trata de una creación única del DIP procesal, que no existe en los sistemas nacionales (ya sean estos de tradición romano-germánica o de Derecho común o *common law*), donde sólo se reconoce la declaración como hechos probados de los hechos de conocimiento público. Ahora bien, conviene subrayar, que junto con los aspectos positivos arriba señalados, los críticos de esta figura afirman que presenta riesgos importantes, como el posible menoscabo del derecho a la presunción de inocencia fruto de la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del acusado (que deberá presentar medios de prueba para desvirtuar la presunción *iuris tantum* que surge de la misma). Lógicamente, estos riesgos son todavía mayores cuando lo que está en juego es la imposición de largas penas privativas de libertad debido a la gravedad de los delitos imputados, en particular si, como en el caso *Karadžić*, lo que está en juego es una condena por genocidio.

En el TPIY, la figura de la declaración judicial de hechos probados en otros procesos se ha desarrollado en aplicación de la regla 94 de las RPP (aprobada por los jueces del TPIY en julio de 1998 e introducida en las RPP del TPIR en noviembre de 2000). Según el apartado (a) de esta regla, las Salas de Primera Instancia no exigirán prueba de hechos de conocimiento público, sino que declararán como probados los mismos. Por su parte, su apartado (b) añade que las Salas de Primera Instancia, de oficio o a petición de una de las partes, y tras escuchar a estas últimas, pueden declarar como probados hechos juzgados en otros procesos (o la autenticidad de la prueba documental allí presentada) que sean relevantes para las actuaciones en curso.

Conforme a la jurisprudencia constante del TPIY, mientras la declaración como probados de los hechos de conocimiento público implica que los mismos no pueden ser objeto de contradicción en el juicio oral, la declaración judicial de hechos probados en otros procesos da lugar a una presunción judicial *iuris tantum* que puede ser desvirtuada por la defensa a través de la presentación de los correspondientes medios de prueba. Además, mientras la declaración como probados de los hechos de conocimiento público es obligatoria, las salas del TPIY mantienen su libertad de apreciación para realizar, o no, una declaración judicial de hechos probados en otros procesos desarrollados ante otras Salas de Primera Instancia o ante la Sala de Apelaciones del TPIY.

En este sentido, Carnero-Rojo señala la jurisprudencia constante del TPIY que ha establecido una serie de requisitos formales y sustantivos para poder realizar una declaración judicial de hechos probados en otros procesos. Con respecto a los requisitos formales, cabe destacar la necesidad de: (i) escuchar a todas las partes en el proceso antes de emitir una declaración de esta naturaleza, con independencia de que ésta haya sido solicitada por alguna de las partes o sea promovida de oficio; y (ii) referirse únicamente a hechos concretos y precisos, tal y como se recogen en su formulación original por la sala del TPIY que conoció previamente de los mismos. Por su parte, los requisitos sustantivos exigen que una declaración de esta naturaleza se refiera a hechos: (iii) relevantes para el proceso en curso y que hayan sido previamente declarados probados por una sentencia judicial final tras el correspondiente debate probatorio en otro proceso; y que (iv) no afecten a la posible responsabilidad penal del acusado. La ju-

risprudencia del TPIY ha afirmado reiteradamente que siempre que se cumpla con estos requisitos no se menoscaba el derecho de defensa porque los hechos sobre los que versa la declaración de hechos probados han sido objeto de revisión judicial tras un debate contradictorio ante otras Salas del TPIY, y las partes conservan siempre el derecho a desvirtuar las presunciones *iuris tantum* mediante la presentación de medios de prueba fehacientes y creíbles que pongan en cuestión la veracidad de los hechos objeto de dichas presunciones.

Carnero-Rojo expone como en el caso *Karadžić*, la Sala de Primera Instancia ha hecho un uso extensivo de esta regla (hasta 2.300 hechos juzgados en otros procesos han sido declarado probados), lo que no le parece que suponga necesariamente una infracción de la regla 94(b) porque, en su opinión, “[l]a Sala de Primera instancia analizó si los hechos juzgados eran relevantes, concretos y precisos, presentados de forma clara en su formulación original, sin incluir conclusiones de naturaleza esencialmente jurídica, no basados en un acuerdo entre las partes, no relacionados con las acciones, la conducta o el estado mental del acusado, y no sujetos a apelación o revisión”.

Esto ha supuesto que la Sala de Primera Instancia haya considerado probados en su sentencia condenatoria algunos de los crímenes alegados contra Karadžić con fundamento, *inter alia*, en hechos objeto de presunciones *iuris tantum*. Esto ha sucedido, en particular, en relación con hechos juzgados en los casos *Tadić*, *Kunarac*, *Krnojelac*, *Stakić*, *Brđanin* y *Krajišnik*, de manera que, tras analizar los medios de prueba presentados por la Defensa para revertir las presunciones *iuris tantum* sobre su presunta existencia, ha afirmado que dichos hechos constituyen la base fáctica de los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos en (i) varios municipios de Bosnia oriental como Bijeljina, Bratunac, Foča, Rogatica, Sokolac, Vlasenica y Zvornik; (ii) en municipios de la denominada región autónoma de Krajina como Banja Luka, Bosanski Novi, Ključ, Prijedor y Sanski Most; y (iii) en municipios del área de Sarajevo como Hadžići, Ilidža, Novi Grad, Novo Sarajevo, Pale y Vogošća.

Del mismo modo, la Sala de Primera Instancia ha declarado que se produjeron hechos constitutivos de crímenes de lesa humanidad y de guerra en Sarajevo, tomando en consideración, *inter alia*, los hechos objeto de presunciones *iuris tantum* provenientes de los casos

*Galić y Dragomir Milošević*. Además, en relación con la masacre de Srebrenica, la Sala ha declarado que en los municipios de Potočari, Bratunac y Zvornik tuvieron lugar actos de violencia constitutivos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, para lo cual ha tenido en cuenta hechos objeto de presunciones *iuris tantum* provenientes de los casos *Krštić y Blagojević y Jokić*.

El uso extensivo en el caso *Karadžić* de la figura de la declaración judicial de hechos probados en otros procesos responde a la amplitud y complejidad de los cargos contra el acusado, así como a que habían sido objeto de una docena de casos. A pesar de que las decisiones adoptadas por la Sala de Primera Instancia parecen seguir los criterios establecidos en la jurisprudencia del TPIY (tal y como acaba de confirmar la Sala de Apelaciones), este caso plantea importantes interrogantes sobre los límites prácticos a la aplicación de la regla 94 (b) de las RPP del TPIY si no se quieren infringir los derechos de defensa en aras del principio de economía procesal.

Carnero-Rojo expone en particular tres tipos de críticas que ha recibido el uso de la regla 94(b) en el caso *Karadžić*. En primer lugar, la defensa tuvo que distribuir su tiempo y recursos entre la presentación de medios de prueba para contradecir prueba testifical y documental presentada por la Fiscalía, y el intento por desvirtuar las miles de presunciones *iuris tantum* que caracterizaron el proceso (mientras en casos anteriores se había solicitado a la Fiscalía que limitara en la medida de lo posible el conjunto de hechos para los que pedía la aplicación de la regla 94 (b), en el caso *Karadžić* este aspecto solo fue relevante en la última decisión). En segundo lugar, si bien es cierto que las decisiones de la Sala de Primera Instancia parecen haber seguido lo dispuesto en la jurisprudencia del TPIY, no es menos cierto que la responsabilidad del acusado hubiera sido más difícil de establecer sin los miles de hechos objeto de presunciones *iuris tantum* (dichos hechos suponen, en buena medida, el fundamento fáctico de los delitos por los que eventualmente se condenó al acusado). En tercer lugar, la defensa alegó no haber tenido acceso a todos los medios de prueba en que fundamentaron sus decisiones las salas que declararon probados los hechos objeto de presunciones *iuris tantum*. A lo que hay que añadir que la defensa no pudo tampoco llamar a declarar a los testigos que testificaron en dichos procesos, ni siquiera en relación con los hechos relativos al genocidio cometido en Srebrenica.

Ante estas alegaciones la Sala de Primera Instancia de manera expresa, y la Sala de Apelaciones implícitamente, han afirmado que el uso extensivo de regla 94 (b) en el caso *Karadžić* no ha afectado al derecho de defensa porque, aunque las numerosas presunciones *iuris tantum* requirieron que la defensa presentara medios de prueba para desvirtuarlas, lo cierto es que: (i) la defensa no ha necesitado más tiempo y recursos para rebatir los hechos objeto de estas presunciones que los que hubiera necesitado para contradecir los medios de prueba de la Fiscalía sobre los mismos; (ii) los hechos objeto de presunciones *iuris tantum* no han sido utilizados para establecer la responsabilidad penal del acusado (esta última se ha fundamentado exclusivamente en los medios de prueba presentados durante el juicio oral); y (iii) la defensa pudo utilizar suficiente material para desvirtuar dichas presunciones.

Así mismo, la Sala de Primera Instancia ha aclarado en su sentencia que (i) sólo al final del juicio ha decidido el valor probatorio de los hechos objeto de presunciones *iuris tantum*, a la luz de todos los medios de prueba presentados en el caso; y (ii) si bien, conforme a la jurisprudencia constante del TPIY, ha presumido la exactitud de estos hechos, la defensa ha tenido la oportunidad procesal de desvirtuar dicha presunción durante el juicio oral. En consecuencia, la Sala sólo ha fundamentado sus conclusiones en aquellos hechos objeto de presunciones *iuris tantum* cuando la defensa no ha presentado medios de prueba para desvirtuarlos o cuando los que ha presentado no han sido lo suficientemente creíbles. Así mismo, no ha atribuido a dichos hechos valor probatorio cuando los medios de prueba presentados por la Fiscalía presentan contradicciones con los mismos o cuando la defensa ha sido capaz de desvirtuar las presunciones *iuris tantum*. Además, la Sala no ha dado ningún valor de corroboración de otros medios de prueba presentados por la Fiscalía a aquellos hechos objeto de presunciones *iuris tantum* que habían sido declarados probados en otros procesos con base en los testimonios prestados por testigos llamados también a declarar en el caso *Karadžić*. Finalmente, la Sala ha señalado expresamente que el requisito de que los hechos objeto de presunciones *iuris tantum* no puedan encontrarse relacionados con las acciones, la conducta o el estado mental del acusado, le ha impedido declarar como probados todos los hechos relativos a la supuesta intención genocida de Karadžić en relación con el grupo bosnio-mu-



sulmán. La Sala de Apelaciones del TPIY acaba de ratificar esta forma de aplicar la regla 94 (b).

A la luz de la experiencia con la aplicación de la regla 94(B) RPP en el caso *Karadžić*, y teniendo en cuenta que esta institución continúa siendo aplicada en el Mecanismo Residual de los Tribunales Penales Internacionales y que podría ser introducida por vía jurisprudencial o reglamentaria en el sistema de la CPI, Carnero-Rojas considera que deberían adoptarse las siguientes recomendaciones: (i) las salas deberían controlar el número y el tipo de hechos objeto de presunciones *iuris tantum* si se quiere evitar afectar al ejercicio del derecho de defensa; y (ii) las salas deberían permitir a la defensa presentar medios de prueba (y en particular, llamar testigos de otros casos ya resueltos) frente a la prueba testifical y/o documental en la que se basaron otras salas para declarar como probados los hechos objeto de presunciones *iuris tantum* (sobre todo si estos tienen algún tipo de relación, directa o indirecta, con la posible responsabilidad penal del acusado).

### III. REFLEXIÓN FINAL

19. No queremos finalizar estas conclusiones sin subrayar que, a pesar de la falta de atención que generó la propuesta de Lemkin sobre el genocidio en 1933, los múltiples exterminios producidos durante la segunda guerra mundial reactivaron el interés por la misma ante reconocimiento de que para “liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional”. Con ello se iniciarían los “dolores de parto” que culminarían con la aprobación de una de las piedras angulares del DIP: la Convención de 1948 para Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

Durante los 70 años desde la aprobación de la Convención, las prácticas de discriminación, exclusión, deshumanización y exterminio de grupos humanos no han cesado porque la depuración y homogeneización de poblaciones continúa siendo en la práctica un objetivo central en la actuación política de no pocos movimientos y dirigentes. Además, las prácticas dirigidas a borrar todo vestigio de la contribución cultural a la Humanidad de los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos atacados, y los delitos atroces a los que se ha visto sometidos los miembros de grupos humanos cuya señal de iden-

tividad es la ideología política, el estatus social, la actividad económica, la lengua hablada, el género, la orientación sexual o la discapacidad (por poner sólo algunos ejemplos), han puesto de manifiesto las limitaciones de la Convención para prevenir y poner fin a la impunidad de quienes se asocian, instigan directa y públicamente, inician la ejecución, cometen o son cómplices de estas conductas.

Pero al mismo tiempo, la aprobación y entrada en vigor de la Convención ha provocado la inclusión en los ordenamientos jurídicos nacionales del delito de genocidio, lo que en el ámbito iberoamericano ha venido de la mano de la extensión de su ámbito de protección a grupos que no aparecen recogidos en la Convención, como es el caso de los grupos sociales en Ecuador, Paraguay y Perú, los grupos políticos en Ecuador, Colombia, Nicaragua y Costa Rica, los grupos determinados por la discapacidad de sus integrantes en España y los grupos políticos, sindicales y “con identidad propia fundada en razones de género, orientación sexual, culturales, sociales, edad, discapacidad o salud” en Uruguay. Además, en aplicación de estas definiciones, las jurisdicciones nacionales han desarrollado procesos penales por genocidio (algunos dirigidos contra aquellos dirigentes considerados como los máximos responsables) y han tenido la oportunidad de interpretar su contenido para extender la protección a ciertos grupos particularmente vulnerables al exterminio del “adversario”, como son los grupos políticos (lo que no siempre ha sido bien recibido desde ciertos sectores de la doctrina).

Así mismo, con la creación del TPIY en 1993 y del TPIR en 1994 y la aprobación del Estatuto de la CPI en 1998, se han establecido tribunales internacionales penales para la aplicación directa del delito de genocidio. De esta manera, si bien la definición acogida por los estatutos de estos tribunales refleja literalmente la prevista en la Convención de 1948, adoleciendo por tanto de las mismas limitaciones en cuanto a su ámbito de protección, lo cierto es que en los últimos veinticinco años, y partiendo de la incipiente experiencia de los años que siguieron a la segunda guerra mundial, se ha construido todo un sistema de aplicación directa del DIP (incluyendo el régimen jurídico internacional del genocidio) a través de tribunales internacionales, y se han regulado sus relaciones con el sistema de aplicación indirecta del DIP a través de las jurisdicciones nacionales. Es en este contexto,

en el que ha de analizarse el legado del TPIY en general, y en relación con la aplicación del delito de genocidio en particular.

Desde una perspectiva general, el TPIY ha constituido el primer intento por llevar a la práctica un proyecto internacional penal desde las experiencias de Nuremberg y Tokio, lo que ha involucrado la creación de una estructura orgánica operativa en el TPIY, el desarrollo de relaciones de cooperación con otros organismos de la sociedad internacional (en particular, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) y con las jurisdicciones nacionales (especialmente, las de los nuevos Estados surgidos en territorio de la ex República Federal Socialista de Yugoslavia), la elaboración con base en el derecho consuetudinario preexistente en el momento de iniciarse el conflicto armado en enero de 1991 de una parte general y una parte especial del DIP aplicable, y el desarrollo de un marco procesal (sólo incipientemente recogido en el ETPIY) conforme al cual llevar a cabo sus actuaciones.

Al igual que hemos mencionado en relación con las jurisdicciones nacionales, el TPIY también ha desarrollado desde 1995 una docena de procesos penales por genocidio, algunos de los cuales, como los relativos a Karadžić y Mladić, se han dirigido contra sus máximos responsables. Fruto de los mismos, el TPIY ha tenido también la oportunidad de interpretar el contenido de la definición de genocidio y de los otros actos genocidas recogidos en los arts. II y III de la Convención de 1948 y en el art. 4 del ETPIY, lo que, entre otras cosas, le ha permitido: (i) identificar los distintos tipos de actos de violencia (incluyendo las agresiones sexuales) que pueden ser constitutivos de las diversas modalidades de comisión del genocidio; (ii) negar la existencia de un elemento contextual en el delito de genocidio; (iii) determinar los grupos protegidos por el genocidio con base en los criterios de estabilidad del grupo, percepción subjetiva de atacantes y víctimas y cohesión del grupo; (iv) rechazar la caracterización de los grupos protegidos a partir de un enfoque negativo basado en los rasgos de los que carecen; (v) concebir las clases de grupos protegidos conforme a la teoría de los cuatro postes que delimitan “el área de los grupos relevantes”; y (vi) interpretar el concepto de parte substancial del grupo con base en criterios cuantitativos (porcentaje de víctimas), cualitativos (destrucción selectiva de la dirigencia del grupo o de quienes cumplen ciertas funciones que les otorgan una influencia

significativa en las acciones y opiniones del grupo) y de oportunidad o capacidad operativa.

Además, el TPIY también ha tenido la oportunidad de interpretar la aplicación de las normas sustantivas de la parte general del DIP y la normativa procesal y probatoria al delito de genocidio, como lo muestra, entre otras cuestiones (i) la aplicación de normas concursales para distinguir entre el genocidio y los crímenes de lesa humanidad y de guerra (*test de Celibici*); (ii) la construcción de los elementos subjetivos del genocidio sobre la base de la distinción entre elemento subjetivo general (dolo) y el elemento subjetivo transcendente (intención genocida), así como la distinción de este último de la intención discriminatoria del delito de persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; (iii) la aplicación al delito de genocidio de las distintas variantes de la coautoría por empresa criminal común (en particular, su tercera modalidad); (iv) la aplicación al delito de genocidio del concepto de responsabilidad del superior; y (v) la aplicación de figura de la declaración judicial de tener como probados hechos juzgados en otros procesos ante el TPIY.

Si bien es cierto que los procesos por genocidio no han tenido un papel tan destacado en las actividades del TPIY como lo han tenido en el TPIR, lo que en buena medida se debe a las diferentes características de la violencia experimentada en la ex Yugoslavia y en Ruanda y a los distintos objetivos que se perseguían con la misma, no es menos cierto que, como acabamos de ver, el legado del TPIY con respecto a la aplicación del delito de genocidio es muy notable. De esta manera, el TPIY, junto con los casi cien casos por genocidio desarrollados en el TPIY entre 1994 y 2015, ha contribuido a que se hayan despejado las dudas que existían en la década de 1990 sobre si sería posible llevar a cabo investigaciones y enjuiciamientos efectivos por genocidio ante tribunales internacionales penales. Esta situación no se ve menoscabada, en nuestra opinión, por hecho de que los casos *Karadžić* y *Mladić* hayan acabado por limitar a la masacre de Srebrenica las condenas por genocidio en el TPIY, y que hayan por tanto negado esta calificación a la violencia sistemática y generalizada ejercida contra la población bosnio-musulmana asentada en las municipalidades comprendidas en el territorio de la autoproclamada República Serbia de Bosnia.

## REFERENCIAS

- Adorno, T. (2006). *Minima Moralia*. Madrid: Akal.
- Bassiouni, C.M. y Manikas, P. (1996). *The law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. Nueva York: Transnational Publishers.
- Benjamin, W. (2005). *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. Mexico: Contrahistoria.
- Berón, A.A. (2019). La Memoria como una Propuesta de Justicia. En López, E. A., Niño Castro, A. y Tovar González, L. (Eds.). *Claves de la Justicia desde América Latina*. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, vol. 6, Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional y Instituto Joaquín Herrera Flores, pp. 333-342.
- Cassese, A. (2008). *International Criminal Law* (2a ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Greenawalt, A. (1999) Rethinking Genocidal Intent: the Case for a Knowledge-Based Interpretation. *Columbia Law Review*. 99.
- Kreß, C. (2009) The Crime of Genocide and Contextual Elements: A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber's Decision in the Al Bashir Case. *Journal of International Criminal Justice*. 7, pp. 297-306.
- Laplante, L. (2014). Memory Battles: Guatemala's Public Debates and the Genocide Trial of Jose Efraín Ríos Montt. *Quinnipiac Law Review*. 32, pp. 621-673.
- Lemkin, R. (2018) *Raphael Lemkin: Totalmente extraoficial: Autobiografía*. Madrid: Instituto Berg Oceana.
- Levi, P. (2005). *Los hundidos y los salvados*. Barcelona: Aleph.
- Morris, V. y Scharf, M. (1995) *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (vol. 1). Nueva York: Transnational Publishers.
- Roth-Arriaza, N. (2013). El juicio de Ríos Montt. *Aportes DPLF*, 18, pp. 42-46.
- Sands, P. (2017). *Calle Este-Oeste*. Barcelona: Anagrama.
- Van der Vyver, J. (1999) Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide. *Fordham International Law Journal*, 23(2).
- Van der Wilt, H. (2006). Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestic Jurisdiction: Reflections on the van Anraat Case. *Journal of International Criminal Justice*. 4(2).
- Van Sliedregt, E. (2007). Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide. *Journal of International Criminal Justice*. 5(1).

- Vest, H. (2007). A structure-based concept of genocidal intent. *Journal of International Criminal Justice*. 5(4).
- Werle, G. y Jessberger, F. (2014), *Principles of international criminal law* (3a ed.). La Haya: TMC Asser press.

